

# REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

## ESTUDIOS

### I. LIROLA DELGADO

Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis

### M. M. MARTÍN MARTÍNEZ

Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis

### M. ROBLES CARRILLO

El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea

### S. CARRERA NÚÑEZ y G. MARRERO GONZÁLEZ

La ciudadanía Europea en venta

## NOTAS

### C. QUESADA ALCALÁ

Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### J. L. DE CASTRO RUANO

El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario

### M. I. GONZÁLEZ PASCUAL

El TJUE como garante de los derechos en la UE tras la sentencia Digital Rights Ireland

### G. FERNÁNDEZ ARRIBAS y M. HERMOSÍN ÁLVAREZ

Los obstáculos de la regulación española sobre el impuesto de sucesiones y donaciones

### P. GARCÍA ANDRADE

La ciudadanía europea y la sucesión de Estados

# 49

Año 18

Madrid

septiembre/diciembre

# 2014

ISSN: 1138-4026

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ISSN: 1138-4026, Madrid  
Núm. 49, septiembre/diciembre (2014)  
Cuatrimestral

## **Directores:**

**GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS**  
*Antiguo Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

**MANUEL LÓPEZ ESCUDERO**  
*Catedrático de la Universidad de Granada (Director Ejecutivo)*

## **Comité de redacción**

Fernando Castillo de la Torre  
*Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas*

Valeria di Comite  
*Profesora de la Universidad Aldo Moro de Bari*

José Manuel Cortés Martín  
*Profesor Titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Justo Corti Varela  
*Profesor de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid*

Sara Iglesias Sánchez  
*Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

Pablo Martín Rodríguez  
*Profesor Titular de la Universidad de Almería*

Sixto Sánchez Lorenzo  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Daniel Sarmiento  
*Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

Antonio Segura Serrano  
*Profesor Titular de la Universidad de Granada*

Marta Sobrido Prieto  
*Profesora Titular de la Universidad de La Coruña*

## **Consejo Asesor**

Victoria Abellán Honrubia  
*Catedrática de la Universidad de Barcelona*

Enoch Albertí Rovira  
*Catedrático de la Universidad de Barcelona*

Ricardo Alonso García  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Loïc Azoulay  
*Catedrático del Instituto Universitario Europeo de Florencia*

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano  
*Catedrático de la UNED*

Georges Bermann  
*Catedrático de la Universidad de Columbia, Nueva York*

Armin von Bogdandy  
*Catedrático y Director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg*

Ángel Boixareu Carrera  
*Director General en el Consejo de la UE, Bruselas*

Laurence Burgorgue-Larsen  
*Catedrática Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne*

Nuria Bouza Vidal  
*Catedrática de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

Oriol Casanovas y La Rosa  
*Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

Edorta Cobreros Mendazona  
*Catedrático de la Universidad del País Vasco*

## **Secretaria:**

**NILA TORRES UGENA**  
*Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid*

Pedro Cruz Villalón  
*Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*

Javier Díez-Hochleitner  
*Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*

Concepción Escobar Hernández  
*Catedrática de la UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra*

Gaudencio Esteban Velasco  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Ramón Falcón y Tella  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Marcello di Filippo  
*Catedrático de la Universidad de Pisa*

Gregorio Garzón Clariana  
*Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona. Antiguo Jurisconsulto del Parlamento Europeo*

Luis Norberto González Alonso  
*Profesor Titular de la Universidad de Salamanca*

Luis M. Hinojosa Martínez  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Diego Liñán Noguera  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Antonio López Castillo  
*Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid*

Jean-Victor Louis  
*Catedrático emérito de la Universidad Libre de Bruselas*

Araceli Mangas Martín  
*Catedrática de la Universidad de Complutense de Madrid*

José Martín y Pérez de Nanclares  
*Catedrático de la Universidad de Salamanca. Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación*

Santiago Muñoz Machado  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Manuel Pérez González  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Pablo Pérez Tremps  
*Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Fabrice Picod  
*Catedrático de la Universidad Paris II Panthéon-Assas*

Antonio Ortíz-Arce  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Rosario Silva de Lapuerta  
*Jefe del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

José Manuel Sobrino Heredia  
*Catedrático de la Universidad de La Coruña*

Ignacio Ulloa Rubio  
*Jefe del Tribunal General de la UE, Luxemburgo*

Alejandro del Valle Gálvez  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz*

Eduardo Vilariño Pintos  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*





La *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ha sido seleccionada para su cobertura en los servicios de alerta y búsqueda de información sobre productos de Thomson Reuters. A partir del V.11 (26) 2007 se encuentra indexada y resumida en el *Social Sciences Citation Index*, en el *Social Scisearch*, y en el *Journal Citation Reports/Social Sciences Edition*.

The *Revista de Derecho Comunitario Europeo* has been selected for coverage in Thomson Reuters products and custom information services. Beginning with V. 11 (26) 2007, it is indexed and abstracted in the *Social Sciences Citation Index*, the *Social Scisearch* and the *Journal Citation Reports/Social Sciences Edition*.



REVISTA DE  
**Derecho**  
**Comunitario Europeo**

Segunda época – Antigua Revista de Instituciones Europeas  
(1974-1996)

**49**

AÑO 18

septiembre/diciembre

**2014**

ISSN 1138-4026

**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

# CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

La correspondencia con la REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO  
debe dirigirse a la Secretaría de la misma:

## CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

PLAZA DE LA MARINA ESPAÑOLA, 9 - 28071 MADRID  
TELÉFONOS: 91 540 19 50 (EXT. 924) Y 91 422 89 24

### Catálogo general de publicaciones oficiales

*<http://publicacionesoficiales.boe.es/>*

### SUSCRIPCIONES

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*  
**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)  
Tel. (34) 91 422 89 72, 91 422 89 73 - Fax (34) 91 422 89 70  
E-mail: [suscripciones@cepc.es](mailto:suscripciones@cepc.es)  
Contabilidad y Pagos: Tel. (34) 91 422 89 40, 91 422 89 44.  
[www.cepc.es](http://www.cepc.es)

### PRECIOS AÑO 2014 (SIN IVA)

SUSCRIPCIONES		NÚMERO SUELTO	
En papel	Electrónicas	En papel	Electrónico
49,00 €	20,00 €	18,00 €	10,00 €

ISSN: 1138-4026 (en papel) Depósito legal: M. 21.228 - 1997 NIPO: 005-14-003-2 (en papel)  
ISSN: 1989-5569 (en línea) NIPO: 005-14-008-X (en línea)

Fotocomposición e impresión: IMPRENTA TARAVILLA, S.L. - Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid



PAPEL RECICLADO  
LIBRE DE CLORO

# SUMARIO

Año 18. Núm. 49, septiembre/diciembre 2014

	<u>Páginas</u>
<b>ESTUDIOS</b>	
ISABEL LIROLA DELGADO: <i>Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis. ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre los Estados miembros?</i> .....	733-766
Right of residence of the Union's citizens and access to social benefits in times of crisis: Towards a casuistic and ambiguous approach of the solidarity between Members States? — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	765-766
MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ: <i>Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE</i> .....	767-804
Limits to the free movement of persons in the EU for reasons of public policy, security or public health in times of crisis: A reevaluation in the light of the case law of the European Court of Justice — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	803-804
MARGARITA ROBLES CARRILLO: <i>El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea</i> .....	805-846
The concept of harassment in the law of the European Union — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	845-846
SERGIO CARRERA NÚÑEZ y GUAYASÉN MARRERO GONZÁLEZ: <i>La ciudadanía Europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?</i> .....	847-885
The price of EU citizenship. The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the Union? — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	883-885

NOTAS

<p>CARMEN QUESADA ALCALÁ: <i>Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una «satisfacción equitativa» por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)</i> .....</p> <p>Victims find their place at the European Court of Human Rights: «just satisfaction» for their rights’ violation in inter-states cases (Cyprus against Turkey) — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p>	<p>889-915</p> <p>914-915</p>
<p>JOSÉ LUIS DE CASTRO RUANO: <i>El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario: hacia una redefinición de su papel político e institucional en busca de su lugar en el mundo comunitario</i> .....</p> <p>20 years of the Committee of the Regions: Towards a redefinition of its political and institutional role within the European Union — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p>	<p>917-941</p> <p>940-941</p>
<p>MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL: <i>EL TJUE como garante de los derechos en la UE tras la sentencia Digital Rights Ireland</i>.....</p> <p>The CJEU as guardian of fundamental rights within the EU (Digital Rights Ireland) — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p>	<p>943-971</p> <p>969-971</p>
<p>GLORIA FERNÁNDEZ ARRIBAS Y MONTSERRAT HERMOSÍN ÁLVAREZ: <i>Los obstáculos de la regulación española sobre el impuesto de sucesiones y donaciones al ejercicio de las libertades fundamentales de la Unión Europea</i> .....</p> <p>The obstacles Spanish regulation on inheritance and gift tax creates for the exercising of the EU fundamental freedoms — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p>	<p>973-995</p> <p>994-995</p>
<p>PAULA GARCÍA ANDRADE: <i>La ciudadanía europea y la sucesión de Estados: a vueltas con las implicaciones de una separación territorial en el seno de la UE</i> .....</p> <p>European citizenship and state succession: struggling with the effects of a territorial separation within the EU — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p>	<p>997-1025</p> <p>1024-1025</p>

JURISPRUDENCIA

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

LUCÍA MILLÁN MORO: *TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, «Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los*

<p><i>Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional». Eficacia directa versus primacía</i>.....</p> <p>CJUE – judgment of 15.1.2014 (Grand Chamber), Association de médiation sociale, Case C-176/12 – «Social policy – Directive 2002/14/EC – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Article 27 – Subjecting the setting up of bodies representing staff to certain thresholds of employees – Calculation of the thresholds – National legislation contrary to European Union law – Role of the national court». Direct effect <i>versus</i> primacy — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....</p> <p>CLAUDIO MATERA y RAMSES A. WESSEL: <i>CJEU – Judgment of 24.06.2014 (Grand Chamber) – Case C-658/11 European Parliament v Council – «External relations of the EU – Annulment of the decision on the conclusion of the EU – Mauritius Agreement – Choice of the proper legal basis». Context or Content? A CFSP or AFSJ Legal Basis for EU International Agreements</i> .....</p> <p>TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 24.6.2014 (Gran Sala), Parlamento/Consejo, C-658/11 – «Relaciones exteriores de la UE – Anulación de la decisión relativa a la conclusión del acuerdo entre la UE y Mauricio – Elección de la base jurídica adecuada». ¿Contexto o contenido? Una base jurídica de la PESC o del ELSJ para los acuerdos internacionales de la UE — RESUMEN / RÉSUMÉ .....</p> <p>FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE y PETRA NEMECKOVA: <i>Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Mayo – Agosto 2014 / Case Law of the European Court of Justice, May – August 2014</i>.....</p>	<p>1029-1045</p> <p>1044-1045</p> <p>1047-1064</p> <p>1062-1064</p> <p>1065-1106</p>
--	--

## BIBLIOGRAFÍA

<p>— Lista de libros recibidos .....</p> <p>— Diálogos con autores:</p> <p>ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), <i>Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico</i>, Institut d’Estudis Autònomic, Barcelona, 2013, 584 pp., por José Antonio Montilla Martos .....</p>	<p>1107</p> <p>1108-1120</p>
---	------------------------------

— Recensiones:

- AA.VV., *El Derecho de la Unión Europea visto por el Abogado General. Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a través de sus conclusiones*, Iustel, Madrid, 2013, 616 pp., por Carmen Martínez Capdevila ..... 1121-1122
- BARBÉ, E. (dir.), *La Unión Europea en las Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, 433 pp., por Luis N. González Alonso ..... 1122-1124
- JIMENO BULNES, M., (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, Comares, 2014, 253 pp., por Isabel Lirola Delgado ..... 1124-1127
- KRUMA, K., *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status. An Ongoing Challenge*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2013, 498 pp., por Mercedes Soto Moya ..... 1127-1128
- MARINAI, L., *La funzione giurisdizionale nelle organizzazione di integrazione regionale*, Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa, G. Giappichelli editore, Torino, 2012, 249 pp., por Miguel A. Acosta ..... 1129-1130
- TIZZANO, A. (dir.), *Trattati dell'Unione europea. Le fonti del diritto italiano*, Giuffrè editore, Milán, II ed., 2014, XXXIV-2674 pp., por Valeria Di Comite ..... 1130-1132
- VILLANI, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2013, III ed., XIII-468 pp., por Bruno Nascimbene ..... 1132-1133

**ESTUDIOS**



# DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y PRESTACIONES SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿HACIA UN PLANTEAMIENTO CASUÍSTICO Y AMBIGUO DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS?

ISABEL LIROLA DELGADO\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DEBATE EN TORNO AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN: DE NUEVO EL RECELO FRENTE AL «TURISMO SOCIAL».
- III. DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ACCESO A PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS TEST A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.
  1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
  2. LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS CUBIERTOS POR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES.
    - A) *El ejercicio de actividades económicas menores o a tiempo parcial.*
    - B) *El acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudios previstas en el Estado de acogida.*
    - C) *Los solicitantes de empleo.*
  3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO A LOS NO ACTIVOS.
    - A) *La progresiva configuración de un principio relativo a la aplicación de la igualdad de trato a los ciudadanos de la UE inactivos económicamente.*
    - B) *La relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38.*
    - C) *La exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen.*
- IV. DERECHO DE RESIDENCIA Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA UE: LOS RIESGOS DE LA CASUÍSTICA Y LA NECESIDAD DE UNA CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA
- V. REFLEXIONES FINALES.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público (Acreditada a Catedrática de Universidad) Universidad de Santiago de Compostela).

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta ya un clásico referirse a los derechos de libre circulación y residencia como uno de los mayores logros del proceso de integración europeo y como la cara más visible de la ciudadanía de la Unión Europea, tal y como sigue confirmando la opinión de los ciudadanos<sup>1</sup>. Sin embargo, en consonancia con el carácter experimental de esta institución<sup>2</sup>, el desarrollo de ambos derechos está ligado a las dinámicas y tensiones que experimenta la Unión Europea, y por tanto también a la crisis económica, política y social acaecida en la última década. Dicha crisis es uno de los mayores envites que la Unión ha debido afrontar, sin que las repercusiones, significación y alcance sobre estos dos derechos estén aun determinados, aunque sus efectos sean notoriamente perceptibles. Por esta razón, hemos considerado el interés y la oportunidad que tendría identificar y analizar las cuestiones nuevas o renovadas que el ejercicio de la libre circulación y residencia en la Unión Europea está suscitando, prestando especial atención a su conexión con la crisis económica y a las posibles tendencias restrictivas que de la misma parecen derivarse.

El resultado de esta labor, que hemos desarrollado de forma conjunta, comprende dos estudios independientes en su autoría, pero complementarios y estrechamente relacionados entre sí<sup>3</sup>. Ambos trabajos comparten pues una misma metodología, basada en el análisis de la jurisprudencia del TJUE en función de la labor crucial desempeñada por esta Institución en el desarrollo de estos derechos, al igual que en el de la propia configuración de la ciudadanía de la Unión.

También la premisa de partida es la misma y se centra en el carácter nuclear de los derechos de libre circulación y residencia como pilares fundamentales de la ciudadanía de la Unión. A este respecto, las dos contribuciones reflejan la firme convicción de que esta institución es esencial para garantizar la libertad y la igualdad en la Unión Europea, además de empoderar al ciudadano<sup>4</sup> y mejorar sus expectativas y horizontes, de lo que se despren-

---

<sup>1</sup> Eurobarometer 15-24/03/2014.

<sup>2</sup> GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C., KOSTAKOPOULOU, D., *The reconceptualization of European Union citizenship*, M. Nijhoff, Leiden, 2014, p. 1 y ss.

<sup>3</sup> Vid el estudio de MARTÍN MARTÍNEZ, M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *RDCE*, nº 49.

<sup>4</sup> KOCHENOV, D., «The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, 2013, nº1, p. 134.

de el imperativo de proteger el acervo normativo hasta el presente adquirido frente a posibles derivas restrictivas, así como la necesidad de no dar por sentado su irreversibilidad<sup>5</sup>.

Finalmente, el contexto de las dos contribuciones es igualmente común, puesto que se refiere al escenario en el que se ha desarrollado la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), que justamente coincide con los albores de la crisis económica. Tal y como indican los análisis cuantitativos, la crisis no ha dado lugar a un incremento significativo del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por los ciudadanos de la Unión, más allá del que ya se había producido con ocasión de las ampliaciones de 2004 y 2007, pero si ha traído consigo la consolidación de algunas dinámicas y tensiones que se habían atisbado durante este periodo<sup>6</sup>. Entre ellas, destaca la existencia de una nueva generación de ciudadanos europeos que van a hacer uso de sus derechos de libre circulación sin acomodarse ni responder a los perfiles migratorios típicos del pasado, sino buscando rentabilizar las oportunidades para su promoción profesional y personal en un nuevo espacio de movilidad europeo<sup>7</sup>.

En paralelo, el intervalo entre 2008-2013 ha coincidido con el periodo transitorio fijado para Rumania y Bulgaria, lo que se ha traducido en la movilidad de un porcentaje muy importante de ciudadanos de estas dos nacionalidades, que ha sido recibida con recelo por los Estados miembros de acogida. Tampoco hay que olvidar que este momento se corresponde con el de la plena aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación y residencia por los Estados miembros que se habían adherido en 2004, y por tanto, con el afloramiento y la percepción nítida de las dificultades que la implementación de tales normas ha suscitado en los diferentes sistemas jurídicos

---

<sup>5</sup> CLOSA, C./VINTILA, C.D., «La ciudadanía europea en tiempos de crisis», LÓPEZ GARRIDO, D., (dir), *El estado de la Unión Europea, La ciudadanía europea en tiempos de crisis*, Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, Madrid, 2014, p. 20.

<sup>6</sup> *Vid. Employment and social development in Europe 2013*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2014, pp.284-286.

<sup>7</sup> La incidencia directa de la crisis en este fenómeno parece incuestionable, al propiciar el desplazamiento de jóvenes, procedentes principalmente de los Estados miembros económicamente más débiles y con mayores índices de desempleo, hacia aquellos otros socios con más oportunidades laborales y/o de formación. (*Vid.* KRINGS, T., BOBEK, A., MORIARTY, E., SALAMOŃSKA, J., WICKHAM, J., «Polish migration to Ireland: free movers in the new European Mobility Space», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 39, 2013, nº1, p.88.

nacionales, como revelan las dificultades para aceptar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad o la mudable interpretación del orden y la seguridad públicas.

La conjunción de todos estos factores ha provocado que el aumento del número de ciudadanos de la Unión que han decidido ejercer sus derechos de libre circulación y residencia no haya afectado uniformemente a todos los Estados miembros, hasta el extremo de provocar una nueva división entre ellos, según hayan devenido en Estados de origen o de acogida, de manera que en cada una de estas dos categorías el debate político y social difiere de forma sustancial<sup>8</sup>. A nuestro juicio, conviene resaltar que la evolución de la movilidad interior en la UE se ha producido de forma espontánea, sin que aparentemente se haya acordado política o medida alguna por parte de las Instituciones de la Unión para encauzar estos flujos circulatorios internos al objeto de satisfacer algunas de las necesidades detectadas en el marco de la política común sobre inmigración, como por ejemplo, la exigencia de mano de obra cualificada o la problemática derivada del envejecimiento de la población de la Unión<sup>9</sup>. Sin embargo, esta conexión entre movilidad de ciudadanos de la Unión Europea e inmigración procedente de terceros países sí parece haberse producido en los términos del debate y de las opiniones públicas de los Estados miembros de acogida afectados, dando lugar a una perniciosa equiparación en virtud de la cual todos ellos han pasado a formar parte de una misma categoría genérica, la de «inmigrantes»<sup>10</sup>. Se ignora así el valor y contenido propios del estatuto de la ciudadanía de la Unión, propi-

---

<sup>8</sup> Así, en algunos de los Estados de acogida más afectados por la movilidad interior, caso de Gran Bretaña, Alemania u Holanda, la polémica se ha focalizado en la incidencia negativa sobre sus sistemas sociales, mientras que, por el contrario, en los Estados de origen, por ejemplo Rumania o España, versa sobre la pérdida de recursos humanos y talento o los efectos de dicha fuga de jóvenes cerebros. Para una visión holística y acertada, ver SHAW, J., «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Papers*, RSCAS 2010-60, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, y «EU citizenship and the edges of Europe», *CITSEE Working Paper 2012/19*, p.5.

<sup>9</sup> «V Informe anual sobre Inmigración y Asilo (2013)», *COM (2014) 288 final* de 22.5.2014, p.15.

<sup>10</sup> GUILD, E., CARRERA, S., EISELE, K., «Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU. A contested relationship and policy challenge in the EU, Justice and Home Affairs», *CEPS Paperbacks*, 2013, pp. 111-127. En esta misma dirección apunta, KOSTAKOPOULOU, D., «When EU Citizens become Foreigners», *European Law Journal*, Vol, 20, 2014, nº 4, pp. 447-463

ciendo la proliferación de opiniones sobre los efectos negativos de la libre circulación sobre los sistemas nacionales de protección social y el estado de bienestar que en gran medida carecen de un fundamento estadístico o documental real<sup>11</sup>.

Por lo que al esquema de este trabajo se refiere, en primer lugar, nos ha parecido necesario definir el debate actual en torno al ejercicio del derecho de residencia en los términos más exactos posibles, constatando que se trata nuevamente del recelo frente al llamado «turismo social». Este debate, que se ha suscitado en cada una de las ocasiones en las que se ha planteado un aumento potencial o real de los beneficiarios de la libre circulación de personas en el proceso de integración europeo<sup>12</sup>, se centra en la cuestión concerniente a la interpretación y aplicación de la Directiva 2004/38 en relación al acceso a las prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia (II). En segundo lugar, partiendo de unas consideraciones previas sobre la construcción jurisprudencial del TJUE en esta materia, procedemos a examinar una serie de situaciones que por su conflictividad se presentan como casos test de los problemas que dicha cuestión plantea, destacando las «nuevas» tendencias que, a nuestro entender, refleja la jurisprudencia más reciente (III). Este análisis nos lleva a una valoración de los criterios utilizados por el Tribunal para determinar el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros, en la que señalamos los riesgos de la casuística a la que conduce la utilización de estos criterios así como la necesidad de clarificar el sistema establecido por la Directiva 2004/38 (IV). Finalmente se presentan unas conclusiones, fruto de la reflexión conjunta con Magdalena Martín, en torno a la aparición de posibles tendencias restrictivas de los derechos de libre circulación y residencia que pudieran erosionar el principio de solidaridad entre los Estados miembros de la Unión (V).

## II. EL DEBATE EN TORNO AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN: DE NUEVO EL RECELO FRENTE AL «TURISMO SOCIAL»

El colofón necesario del derecho de libre circulación es el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión que, tratándose de un derecho de

---

<sup>11</sup> GIULIETTI, C., KAHANEC, M., «Does generous welfare attract immigrants? Toward evidence-based policy-making», *Social benefits...*, *op.cit.*, pp. 137-140.

<sup>12</sup> Cf. GROENENDIJK, K., «Access for migrants to social assistance: Closing the frontiers or reducing citizenship?» en *Ibidem*, p.19.

carácter fundamentalmente instrumental, alcanza pleno contenido a través del principio de igualdad de trato. Esta relación, consolidada por la jurisprudencia del TJUE hasta convertirla en un elemento diferencial de la condición de ciudadano de la Unión, se ve reflejada en el Tratado de Lisboa que concatena en la segunda parte del TFUE el principio de no discriminación por razón de nacionalidad con la ciudadanía de la Unión, y por tanto, con el derecho de residencia al que se refieren de manera específica los artículos 20 y 21 TFUE.

De manera aún más clara, el tándem derecho de residencia-principio de igualdad se pone de manifiesto en la Directiva 2004/38, a la que muy significativamente se conoce en inglés con la terminología de *Citizenship Directive* y que constituye el marco normativo vigente del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión<sup>13</sup>. Como el propio TJUE ha destacado, esta directiva establece un «sistema gradual» en materia de derecho de residencia en el Estado de acogida en función de la duración de la residencia<sup>14</sup>, distinguiendo tres supuestos a los que se asignan diferentes condiciones de ejercicio. Así, el derecho de residencia por un período de hasta tres meses depende únicamente de la posesión de un documento de identidad o pasaporte válido (Art. 6). En cambio, el derecho de residencia de más de tres meses requiere ser un trabajador por cuenta ajena o cuenta propia, un estudiante o disponer de recursos suficientes y un seguro de enfermedad para no ser una carga para el Estado de acogida (Art. 7). Por su parte, el derecho de residencia permanente se alcanza después de haber residido legalmente durante un período de cinco años en el Estado miembro de acogida (Art. 16).

A su vez, las diferentes condiciones de ejercicio del derecho de residencia permiten distinguir con carácter general entre dos tipos de situaciones en las que se encuentran los ciudadanos de la Unión que lo ejercen: la de los activos económicamente y la de los no activos. La primera categoría se refiere a los trabajadores por cuenta ajena y propia. La segunda incluye, ade-

---

<sup>13</sup> Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de la familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento(CEE) nº1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360 CEE, 73/148/CEE, 75/347CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 91/96 CEE, DO L 229 de 29.06.2004. Para un examen exhaustivo de la Directiva 2004/38, *vid.* GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>14</sup> *Vid.* sentencia de 21 de diciembre de 2011, Ziolkowski y Szeja, C 424/10 y C 425/10, Rec. p. I-14035, apartado 38.

más de a los ciudadanos de la Unión que tienen recursos suficientes para residir en el Estado de acogida, a categorías específicas, como la de los estudiantes. En una categoría intermedia se sitúan los solicitantes de empleo a los que se le aplica un régimen intermedio a caballo entre el de los trabajadores y los inactivos económicamente, ya que mantienen el derecho de residencia en tanto puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (Art. 14.4 apartado b).

En función de estas situaciones, la Directiva 2004/38 establece también diferencias en relación a la igualdad de trato, en principio aplicable a todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado de acogida en el ámbito de aplicación del Tratado (Art. 24.1). En conjunción con el Reglamento 492/2011<sup>15</sup>, la Directiva 2004/38 reconoce a los ciudadanos de la Unión, trabajadores por cuenta ajena o propia, un derecho pleno a la igualdad de trato desde el inicio del ejercicio del derecho de residencia. En cambio, en relación a los no activos económicamente, la aplicación del principio de igualdad de trato depende de una serie de circunstancias. De esta forma, el derecho de residencia de carácter no permanente se mantiene mientras su titular no se convierta en una carga excesiva para el Estado de acogida (Art. 14.1) y a la vez, durante los tres primeros meses, dicho Estado no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni está obligado antes de la adquisición del derecho de residencia permanente a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o prestamos de estudios, incluidos los de formación personal. La exclusión en su conjunto se extiende también a los solicitantes de empleo (Art. 24.2).

Por su parte, el derecho de residencia permanente lleva aparejada la plena aplicación del principio de igualdad de trato a todas las situaciones, puesto que dicho derecho ya no queda sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III de la Directiva 2004/38 (Art. 16), con lo que la diferencia entre ciudadanos activos e inactivos económicamente se diluye.

A la vista de este régimen que, como se ha dicho, da lugar a un sistema de derechos marcadamente jerárquico<sup>16</sup>, resulta lógico que los supuestos de derecho de residencia no permanente de los ciudadanos de la Unión no acti-

---

<sup>15</sup> Reglamento (UE) No 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, *DO L 141* de 27.05.2011.

<sup>16</sup> Por eso, algún autor como WHITE considera que la ciudadanía de la Unión es, en cierto sentido, una forma incompleta de ciudadanía (WHITE, R., «Revisiting Free Movement of Workers», *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, 2011, nº5, p. 1586).

vos económicamente (incluidos los estudiantes) así como la situación intermedia de los solicitantes de empleo sean los que, en principio, hayan dado lugar a un mayor grado de conflictividad. A ellos hay que añadir algunos supuestos vinculados al ejercicio de la libre circulación de trabajadores, como el desempeño de actividades económicas menores o a tiempo parcial y el acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudio previstas en el Estado miembro de acogida. Estas situaciones funcionan como casos test del grado de solidaridad existente entre los Estados miembros cuando los ciudadanos de la Unión recurren a las ayudas sociales previstas en el Estado de acogida.

La cuestión no es en sí misma novedosa porque, desde sus inicios, el reconocimiento de un derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión no activos económicamente suscitó el temor de los Estados miembros de que promoviese el llamado «turismo social» y de ahí los términos de las condiciones establecidas para su ejercicio en las normas de Derecho Derivado que lo han desarrollado<sup>17</sup>. Pero, estos temores parecen haberse agravado en el momento actual por la conjunción de factores que ya hemos mencionado, entre ellos, el fin del periodo transitorio aplicable a Rumania y Bulgaria en relación con la libre circulación de personas, los altos índices de desempleo de varios Estados miembros derivados de la crisis económica y por tanto los desplazamiento de ciudadanos de la Unión para buscar trabajo o trabajar en otros Estados miembros e, incluso desde otra óptica, la mayor movilidad de estudiantes que también ha dado lugar a recelos frente a la aparición de un posible «turismo de becas».

Así se refleja en algunas de las medidas propuestas o adoptadas por algunos de los Estados miembros de acogida supuestamente más preocupados y que han dado lugar a un debate acorado entre los distintos grupos de Estados miembros afectados y la Comisión acerca del impacto del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia en los sistemas sociales nacionales. A este res-

---

<sup>17</sup> Como recuerda GIUBBONI, la Directiva 2004/38 codificó en este punto el marco establecido por las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96, la primera de ellas, como señala este autor, imbuida por una ética victoriana poco compatible con una dimensión europea y conforme a la cual si una persona no está activa económicamente, es de su responsabilidad cuidar de sus propias necesidades vitales sin recurrir a la ayuda del Estado de acogida. GIUBBONI, S., «A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice», ROSS, M., BORGMANN-PREBIL, Y. (ed.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, 2010, p.170.

pecto, cabe referirse a la carta enviada por Austria, Alemania, Holanda y Gran Bretaña a la Presidencia irlandesa de la Unión en abril de 2013<sup>18</sup>, expresando su preocupación acerca del uso fraudulento de los derechos de libre circulación y residencia por parte de ciudadanos de la Unión y la presión generada sobre las entidades locales más afectadas por la llegada de estos nuevos residentes<sup>19</sup>. La carta tuvo una respuesta contundente por parte de los cuatro Estados del Visegrad (la República Checa, Hungría, Polonia y Eslovaquia) que formularon una declaración conjunta insistiendo en la igualdad de todos los ciudadanos de la Unión y en sus derechos de libre circulación y residencia<sup>20</sup>.

A la vista de la situación, la Presidencia paso el tema a la Comisión encargándole que examinase la aplicación de la legislación en materia de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y que proporcionase orientaciones para hacer frente a su abuso<sup>21</sup>. La Comisión intentó contrarrestar estas tendencias restrictivas, proponiendo una serie de explicaciones y medidas destinadas a ayudar a las autoridades nacionales y locales a aplicar efectivamente las normas sobre la libre circulación y residencia<sup>22</sup>. No obstante, tales medidas no han parecido suficientes a algunos Estados miembros que, como veremos, han proseguido en el camino de proponer medidas inter-

<sup>18</sup> El texto de la carta de Austria, Alemania, Holanda y Gran Bretaña está disponible en <http://www.statewatch.org/news/2013/apr/eu-4-ms-welfare-letter-to-irish-presidency.pdf>. (fecha de consulta: 10.09.2014). En esta misma línea, la prensa española daba noticia de que Bélgica estaba llevando a cabo una política de expulsión de los ciudadanos de la Unión que representasen una carga excesiva para su sistema social que afectaba significativamente a nacionales españoles. *Vid.* «Una carga excesiva de españoles» (noticia de 30.3.2014; disponible en: <http://internacional.elpais.com>; fecha de consulta: 10.09.2014).

<sup>19</sup> GUILD, E., «The Social Impact of Migration and the Notion of Citizenship for the EU. Ensuing Challenges and Opportunities for the Union», *CEPS Commentaries*, de 13.03.2014, p.2 (disponible en <http://www.ceps.be>, fecha de consulta: 10.09.2014).

<sup>20</sup> «Joint Statement by the Foreign Ministers of the Visegrad countries – Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia – on the Free Movements of Persons», 29.11.2013 (disponible en <http://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs/news>, fecha de consulta: 10.09.2014).

<sup>21</sup> Reunión del Consejo de justicia y asuntos de interior de 6 y 7 de junio de 2013, Press release 234, *doc 1064/13*, p. 22.

<sup>22</sup> *Vid.*, *COM (2013) 837 final* de 25.11.2013, «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves». A la vez, en la idea que la defensa del derecho de libre circulación incluye también «la lucha contra las percepciones de la opinión pública no basadas en hechos o realidades económicas», la Comisión ha buscado evidenciar lo infundado de los temores de los Estados miembros, poniendo de manifiesto cómo recientes estudios concluyen desde un punto de vista cuantitativo que «no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar social y los flujos de ciudadanos móviles de la UE».

nas destinadas para terminar con tales abusos y mantener la presión sobre la Comisión. La cuestión por el momento no está cerrada, aunque se haya abierto un impasse por el Consejo Europeo que ha establecido como prioridad para los próximos cinco años proteger el derecho de los ciudadanos de la UE a circular y a residir y trabajar en otros Estados miembros contra posibles usos indebidos o reclamaciones fraudulentas<sup>23</sup>.

### III. DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ACCESO A PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS TEST A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una vez presentado el contexto y los términos del debate del que es objeto en el momento actual el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión, cabe ahora preguntarse cuál es la situación en relación a los supuestos en los que se centra este debate. Esta pregunta requiere reexaminar el marco normativo establecido por la Directiva 2004/38 a la luz de la jurisprudencia del TJUE que reviste en esta materia de un particular interés, puesto que el desarrollo de este derecho se ha hecho fundamentalmente sobre la base de una jurisprudencia en la que el Tribunal ha adoptado un enfoque pragmático e incluso a la hora de interpretar el derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones sociales<sup>24</sup>.

A este respecto, hay que señalar con carácter preliminar que el TJUE ha construido su jurisprudencia en esta materia siguiendo unas mismas pautas de razonamiento que responden al difícil ejercicio de buscar el equilibrio entre el reconocimiento efectivo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y el dotar a los Estados miembros de márgenes de maniobra que les

---

<sup>23</sup> Vid. la «Agenda estratégica para la Unión en tiempos de cambio» que figura en anexo de las «Conclusiones del Consejo Europeo, de 26 y 26 de junio», *Doc EU CO 79/14* de 27.06.2014.

<sup>24</sup> Vid. TOMKIN, J., «Citizenship in Motion. The Development of the Freedom of Movement for Citizens in the Case-law of the Court of Justice of the European Union», *European Journal of Migration and Law*, 2011, p.7.

<sup>25</sup> ORŠOLIĆ DALESSIO, T., «The Social Dimension of EU Citizenship—A Castle in the Air or Construction Gone Wrong?», *German Law Journal*, Vol.14, 2013, n°7, p.882.

permitan la protección de sus sistemas de asistencia social<sup>25</sup>. Por tanto, el esquema seguido por el TJUE en sus sentencias responde en términos generales a un patrón similar conforme al cual es posible diferenciar entre una parte, destinada a la afirmación del derecho de residencia y, en su caso, del principio de igualdad de trato y otra parte, focalizada en el examen de la compatibilidad de las medidas estatales con el Derecho de la Unión a la luz de lo señalado en la Directiva 2004/38 y de los propios criterios y principios utilizados por el propio TJUE para determinar la idoneidad y proporcionalidad de tales medidas.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en todas las situaciones relativas al ejercicio del derecho de residencia vinculadas a la libre circulación de trabajadores, el TJUE ha recurrido a las líneas jurisprudenciales ya existentes y bien consolidadas en torno al concepto de «trabajador» y la aplicación de principio de igualdad de trato a la libre circulación de trabajadores. En cambio, por lo que respecta al derecho de residencia de los inactivos económicamente, el TJUE ha tendido a un «activismo judicial» orientado a la aplicación a estos supuestos del principio de igualdad de trato en relación al acceso a prestaciones sociales que ha sido objeto de valoraciones opuestas. Por un lado, se ha destacado positivamente que el TJUE haya realizado una tarea de «ingeniería social», dando lugar a una nueva forma de solidaridad orgánica que se extiende más allá del círculo de los ciudadanos de la Unión que participan en la dinámica del mercado interior y de los límites nacionales sobre los que ha operado históricamente el Estado de bienestar. Pero, por otro lado, no se obvia que en muchas ocasiones el TJUE ha forzado interpretaciones que podría considerarse que van más allá de lo previsto por el legislador, creando la consiguiente tensión con los Estados miembros e incluso suscitando lo que podría considerarse como una revisión de la constitucionalidad de las opciones legislativas que recoge la Directiva 2004/38<sup>26</sup>.

Ahora bien, el caso es que, si bien en los últimos años el TJUE ha mantenido una posición de reafirmación de su jurisprudencia en materia de libre circulación de trabajadores e incluso de continuidad con la relativa a los inactivos económicamente, se observan algunas tendencias de cambio que veremos en el análisis posterior. De entre ellas, destaca la tendencia hacia una «polinización recíproca» de la jurisprudencia en relación a los supuestos de ejercicio del derecho de residencia cubiertos por la libre circulación de trabajadores y la relativa a los ciudadanos inactivos, en la medida en que el

---

<sup>26</sup> GIUBBONI, *op.cit.*, pp.191-193.

TJUE introduce en los últimos tiempos de forma casi sistemática el criterio del vínculo real del ciudadano con el Estado Miembro del que solicita la ayuda o prestación social para determinar el alcance de la obligación de solidaridad del mismo<sup>27</sup>.

## 2. LOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS CUBIERTOS POR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

### A) *El ejercicio de actividades económicas menores o a tiempo parcial*

Entrando ahora en el análisis particular de las situaciones que han dado lugar a una mayor conflictividad, examinamos, en primer lugar, el acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que, en el marco de la libre circulación de trabajadores, ejercen actividades menores o a tiempo parcial en el Estado de acogida. Pues bien, en una línea de continuidad con una jurisprudencia bien consolidada, el TJUE ha reafirmado en su jurisprudencia más reciente la aplicación del principio de igualdad de trato en este supuesto<sup>28</sup>. Esta misma cuestión también se ha planteado cuando el ciudadano de la Unión, ejerciendo actividades por cuenta ajena a tiempo parcial en el Estado de acogida, solicita ayudas de estudio. A este respecto, en el asunto L.N, el TJUE considera que, como trabajador, no se le pueden negar las ayudas de manutención por estudios concedidas a los nacionales de ese Estado miembro y recuerda que el principio de igualdad de trato se extiende a todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, incluidas las garantizadas en particular por el Art. 45 TFUE (libre circulación de trabajadores), y las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia reconocida en el Art. 21 TFUE (ciuda-

<sup>27</sup> Tal como ya había advertido O'LEARY, S., «Developing an Ever Closer Union Between the Peoples of Europe?», *Edinburgh Mitchell Working Paper*, 6/2008, p.18.

<sup>28</sup> En el asunto Vatsouras, el TJUE señala que ni el nivel limitado de la retribución ni el origen de los recursos para esta última pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de «trabajador» a efectos del Derecho comunitario, añadiendo que el hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 39 CE (Art. 45 TFUE), aunque esta persona trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedentes de fondos públicos del Estado de residencia (Sentencia de 4 de junio de 2009, Vatsouras, C 22/08 y C 23/08, Rec. p I-04585, apartados 27 y 28).

danía), sin que el hecho de que el ciudadano de la Unión esté matriculado en un centro de enseñanza del Estado de acogida con la finalidad principal de cursar estudios, le prive del estatus de trabajador<sup>29</sup>.

De esta forma, y enlazando con su reiterada jurisprudencia sobre el alcance autónomo del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión, el TJUE concluye que el elemento determinante para invocar las ventajas inherentes a la libre circulación de trabajadores es que se desarrolle verdaderamente una actividad por cuenta ajena o que se desee seriamente desarrollarla, pero no los objetivos que pretenda alcanzar un nacional de un Estado miembro al buscar trabajo en el Estado miembro de acogida, entre los que se pueden incluir estudiar o completar su formación, beneficiándose de las ayudas de manutención por estudios previstas para los nacionales.<sup>30</sup>

En esta línea de razonamiento, hay que destacar el TJUE se haya referido a ese mismo concepto autónomo de trabajador en el asunto Comisión c. Países Bajos, frente al argumento de ese Estado de evocar el riesgo de abuso derivado, en particular, del ejercicio de trabajos de corta duración únicamente para obtener una ayuda para la financiación de los estudios superiores cursados fuera del mismo (la llamada financiación portátil)<sup>31</sup>.

*B) El acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las ayudas de estudios previstas en el Estado de acogida*

Otro de los supuestos que ha suscitado controversia en el ámbito de la libre circulación de trabajadores es el relativo al acceso por parte de los hijos de trabajadores migrantes a las ayudas de estudios en el Estado miembro de acogida donde el trabajador esté empleado. Con carácter general, el TJUE ha reiterado en el mismo asunto Comisión c. Países Bajos que la financiación de estudios concedida por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores

---

<sup>29</sup> Sentencia de 21 de febrero de 2013, N., C 46/12, apartados 28, 36 y 47 (aun no publicada).

<sup>30</sup> *Ibidem*, apartados 28, 36 y 47.

<sup>31</sup> Sentencia de 14 de junio de 2012, Comisión/Países Bajos, C 542/09, apartado 68 (aun no publicada).

<sup>32</sup> *Ibidem*, apartado 48. De forma complementaria, en el asunto Teixeira, el TJUE recordaba que el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 confiere a los hijos de un trabajador migrante un derecho propio de acceso a la enseñanza que sólo exige que el hijo

constituye, para un trabajador migrante, una ventaja social en el sentido del artículo 7, apartado 2 del Reglamento nº 1612/68<sup>32</sup>.

Sin embargo, en este asunto Comisión c. Países Bajos es posible percibir una serie de «nuevas» tendencias que se confirman en el asunto Giersch, teniendo en cuenta que ambos asuntos se refieren a la imposición por el Estado de acogida de un requisito de residencia para la obtención de ayudas económicas para estudios superiores a hijos de trabajadores migrantes, aunque el asunto Giersch se refiera más concretamente al caso de los hijos de trabajadores fronterizos<sup>33</sup>.

En principio, el TJUE mantiene una línea continuista en los dos asuntos al reafirmar, como ya avanzamos, que una ayuda concedida para la manutención y para la formación al objeto de seguir estudios universitarios sancionados por una cualificación profesional constituye una ventaja social a efectos del Art. 7.2 del Reglamento nº 1612/68, cuando el trabajador continúe sufragando los gastos de manutención del hijo, pudiendo el hijo del trabajador invocar por sí mismo dicho precepto para obtener esa financiación si, conforme al Derecho nacional, la misma se concede directamente al estudiante<sup>34</sup>.

En esta misma línea continuista se sitúan también algunas de las consideraciones que el TJUE realiza al examinar la justificación de la discriminación indirecta a la que da lugar la exigencia del requisito de residencia. Al respecto, frente a los argumentos del Estado de acogida de que debido a restricciones presupuestarias, no tendría posibilidad de conducirse con mayor generosidad con respecto a los estudiantes no residentes sin comprometer la financiación del sistema de ayudas en su integridad, el TJUE reafirma que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de los trabajadores migrantes. El TJUE concluye que admitir que tales consideraciones puedan justificar una diferencia de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores nacionales implicaría que la aplicación y el

---

haya vivido con sus padres, o con uno de ellos, en un Estado miembro durante el tiempo en que al menos uno de sus progenitores residía en él como trabajador (Sentencia de 23 de febrero de 2010, Teixeira, C 480/08, Rec. p. I 1107, apartado 52).

<sup>33</sup> Sentencia de 20 de junio de 2013, Giersch y otros, C 20/12, apartado 60 (aun no publicada).

<sup>34</sup> *Ibidem*, apartados 38, 39 y 40.

alcance de una norma tan fundamental del Derecho de la Unión como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad podrían variar en el tiempo y en el espacio según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros<sup>35</sup>.

Sin embargo, es al estimar la inadecuación al principio de proporcionalidad del requisito de residencia del estudiante, cuando afloran las «nuevas» tendencias a las que hemos hecho referencia anteriormente. Destaca, en primer lugar, la utilización por el TJUE del criterio del vínculo de integración suficiente en la sociedad del Estado de acogida que maneja con distinto alcance en cada uno de estos asuntos. Así, en el asunto Comisión c. Países Bajos, el TJUE sigue la lógica de la clara diferenciación entre ciudadanos de la Unión activos e inactivos económicamente, estableciendo por lo que respecta a los trabajadores migrantes y fronterizos que el hecho de haber accedido al mercado laboral de un Estado miembro crea, en principio, el vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que les permite beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales con respecto a las ventajas sociales, ya que las cotizaciones fiscales que pagan contribuyen a la financiación de las políticas sociales de este Estado<sup>36</sup>. De esta forma el TJUE mantiene su posición ortodoxa en relación a la no distinción entre trabajadores migrantes y transfronterizos<sup>37</sup>. En cambio, en el asunto Giersch, el TJUE matiza que un trabajador fronterizo no siempre está integrado en el Estado de empleo de la misma manera que lo está un trabajador residente en tal Estado, rompiendo por tanto la igualdad de tratamiento entre trabajadores y aproximando la situación de los trabajadores transfronterizos a la de los inactivos económicamente<sup>38</sup>.

Esta aproximación se confirma cuando al examinar cual podría ser un elemento representativo adecuado del grado real y efectivo de conexión del trabajador fronterizo con el Estado de acogida que sirviese para evitar el riesgo

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, apartados 50 y 52, y Comisión/Países Bajos, C 542/09, *cit.*, apartados 57 y 58.

<sup>36</sup> En relación con la insistencia en la diferenciación entre activos e inactivos y sus consecuencias, *vid.* DE WITTE, F., «Who funds the mobile student? Shedding some light on the normative assumptions underlying EU free movement law: Commission v Netherlands», *Common Market. Law Review*, Vol. 50, n°1, 2013, p. 209.

<sup>37</sup> *Vid.* HOOGENBOOM, A., «Export of Study Grants and Lawfulness of Durational Residence Requirements: Comments on Case C-542/09, Commission v. the Netherlands», *European Journal of Migration Law*, Vol. 14, 2012, n°4, p. 428.

<sup>38</sup> Giersch y otros, C 20/12, *cit.*, apartados 63, 64, 68.

de que aparezca un «turismo de becas», el TJUE propone que se podría supeditar la concesión de la ayuda económica a la condición de que éste haya trabajado en este Estado miembro un período mínimo determinado. El dato clave es que al concretar su duración, aun aclarando que es en otro contexto, el TJUE se refiera al período de cinco años establecido por el Art. 16.1 de la Directiva 2004/38 como requisito para la adquisición del derecho de residencia permanente<sup>39</sup>.

Finalmente, ambos asuntos apuntan una tendencia hacia la transversalidad entre libertades fundamentales y objetivos sociales vinculados a la educación, si bien con una lectura dispar. En este sentido, parece lógico que el TJUE considere legítimo el objetivo de favorecer la movilidad de los estudiantes incitándolos a cursar estudios en otros Estados miembros en el asunto Comisión c. Países Bajos<sup>40</sup>. En cambio, resulta más dudoso que en el asunto Giersch y otros estime como un objetivo legítimo el que se pretenda incrementar, de manera significativa, la proporción de los poseedores de un título de enseñanza superior residentes en Luxemburgo, buscando asegurar que los estudiantes que se benefician de las ayudas económicas se establezcan y se incorporen a dicho mercado de trabajo al término de sus estudios<sup>41</sup>.

### C) *Los solicitantes de empleo*

Finalmente, otro de los supuestos que resulta particularmente controvertido es el relativo al acceso por los solicitantes de empleo a prestaciones o ayudas

<sup>39</sup> *Ibidem*, apartados 80 y 82.

<sup>40</sup> Comisión/Países Bajos, C 542/09, *cit.*, apartados 71 y 72.

<sup>41</sup> Giersch y otros, C 20/12, *cit.*, apartados 53 a 56. Como se ha señalado, este planteamiento de una «obligación de retorno» al Estado miembro que ha financiado la educación no parece compatible con la construcción del principio de libre circulación de personas y con la realidad de las disparidades de oportunidades laborales que ofrecen actualmente los mercados de trabajo de los Estados miembros a los ciudadanos de la Unión Europea más jóvenes y el desarrollo de una economía del conocimiento en el conjunto de la Unión (*Vid.* las críticas de HOOGENBOOM, A., «Mobility of Students and the Financial Sustainability of Higher Education Systems in the EU: A Union of Harmony or Irreconcilable Differences?», *Croatian Yearbook of European Law*, Vol. 9, 2013, pp. 41-43; O'LEARY, S., «The curious case of frontier workers and study finance: *Giersch*», *Common Market. Law Review*, Vol. 51, 2014, nº2, pp.613-14 y SKOVGAARD-PETERSEN, H., «There and Back Again: Portability of Students Loans, Grants and Free Support in a Free Movement Perspective», *European Law Review*, Vol. 38, 2013, nº13, p.798).

económicas en el Estado de acogida. Como ya hemos avanzado, los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro, incluidos los desempleados, constituyen una categoría intermedia entre los ciudadanos de la Unión activos y los inactivos económicamente, en la medida en que les resultan de aplicación las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, siempre que busquen realmente empleo, tal como el TJUE recuerda en los asuntos *Vatsouras*<sup>42</sup>, *Prete*<sup>43</sup> y *Caves Krier Frères Sàrl*<sup>44</sup>.

En ellos, el TJUE recuerda que los solicitantes de empleo están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE y que, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición en todos los aspectos relativos al acceso al empleo, siendo este el contexto en el que se ha seguido planteando la cuestión relativa al derecho a ser beneficiarios de las prestaciones o ayudas destinadas a facilitar el acceso al empleo. La cuestión no es nueva y el TJUE reitera en el asunto *Vatsouras* que quedan comprendidas dentro del ámbito del Art. 39.2 TCE (actual Art.45 TFUE) las prestaciones de naturaleza financiera destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro, entre las que se incluye también un subsidio a favor de los jóvenes que hayan finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo (asunto *Prete*) y una ayuda económica a la contratación de desempleados mayores de 45 años, de la que el beneficiario no es el solicitante de empleo sino el empleador (asunto *Caves Krier Frères Sàrl*)<sup>45</sup>. Lo interesante es que para excluir este tipo de prestaciones económicas de las prestaciones de asistencia social del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, el TJUE utilice el criterio teleológico de que estén destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, independientemente de cuál sea su calificación en la normativa nacional<sup>46</sup>.

Por lo demás, en todos estos asuntos vuelve a ponerse de manifiesto el valor que el TJUE da al vínculo de conexión del solicitante de empleo con el Estado

<sup>42</sup> *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 36.

<sup>43</sup> Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Prete*, C 367/11, apartados 22 y 23 (aun no publicada).

<sup>44</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères*, C 379/11, apartado 26 (aun no publicada).

<sup>45</sup> *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 37; *Prete*, C 367/11, *cit.*, apartado 25; *Caves Krier Frères*, C 379/11, *cit.*, apartado 28.

<sup>46</sup> *Vatsouras* y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 45; *Prete*, C 367/11, *cit.*, apartado 26. En relación con esta cuestión, *vid.* FAHEY, E., «Interpretive legitimacy and the distinction between «social assistance» and «work-seekers' allowance»: Comment on *Vatsouras*», *European Law Review*, 2009, nº6, pp. 933-949.

miembro de acogida, como elemento determinante a la hora de valorar la adecuación al principio de proporcionalidad del requisito de residencia establecido en la legislación nacional para acceder a la prestación<sup>47</sup>. A la vez, hay que tener en cuenta que los criterios que se pueden utilizar para esta constatación varían<sup>48</sup>, resultando esta disparidad relevante porque conduce hacia soluciones de carácter casuístico que conllevan la valoración individual de cada situación particular, con los riesgos que de ello se deriva desde la perspectiva de la seguridad jurídica y el establecimiento de criterios de carácter general.

Sin embargo, los casos analizados no parecen el final de esta cuestión, ya que el acceso por parte de los solicitantes de empleo a las ayudas sociales en el Estado de acogida sigue presentando problemas en relación a la aplicación de legislaciones como la alemana<sup>49</sup> o la de Gran Bretaña<sup>50</sup>. En consecuencia, los

---

<sup>47</sup> En este sentido, el TJUE considera legítimo que el Estado miembro de acogida tenga en cuenta «la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado» (Vatsouras), «el grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios de espera y el mercado geográfico laboral» (Prete) o «su grado de integración» (Caves Krier Frères Sàrl).

<sup>48</sup> Vatsouras y otros, C 22/08 y C 23/08, *cit.*, apartado 39; Prete, C 367/11, *cit.*, apartados 46 y 50; Caves Krier Frères, C 379/11, *cit.*, apartado 53.

<sup>49</sup> En la legislación alemana las prestaciones de base a favor de los demandantes de empleo tienen la consideración de prestaciones especiales no contributivas a efectos del Reglamento 883/2004, de cuya aplicación se excluye a los extranjeros que hayan entrado en territorio alemán para lograr una prestación de asistencia social o cuando el derecho de residencia se derive exclusivamente de la búsqueda de empleo. En relación con los asuntos pendientes ante el TJUE que se refieren a esta misma problemática, ver *infra* nota 64.

<sup>50</sup> La legislación del Reino Unido somete el acceso a una serie de prestaciones contempladas en el Reglamento 883/2004, entre las que se incluyen prestaciones que benefician a los solicitantes de empleo, (Child benefit, Child Tax credit, Jobseeker's Allowance; Employment and Support Allowance y el State Pension Credit) al cumplimiento del llamado «Habitual Residence Test» que incluye la comprobación de un doble requisito: el «right to reside» (legal) y el «habitual residence test» (factual). La Comisión ha venido considerado que tal exigencia resulta contraria a lo dispuesto en el Reglamento 883/2004, que únicamente requeriría que los nacionales de otros Estados miembros que soliciten tales prestaciones tengan su residencia habitual en Gran Bretaña, además de discriminatoria puesto que los nacionales del Reino Unido tienen el derecho a residir en función de su nacionalidad. Por tales razones y hasta el momento, la Comisión ha interpuesto un recurso por incumplimiento en el que sostiene que el Reino Unido impone un requisito no permitido por el Reglamento 883/2004, al exigir a los solicitantes de la ayuda por hijo o del crédito fiscal por hijo que tenga derecho a residir en el Reino Unido como condición para ser tratado como residente en dicho Estado (Asunto C-308/14, Comisión/Reino Unido, presentado el 27/06/2014, DO C 329, de 22.09.2014), p.3). Por lo demás, el Reino Unido ha endurecido

asuntos aun pendientes de resolución pueden resultar de gran valor para ver cómo evoluciona la posición del TJUE en relación a las medidas más recientemente adoptadas por los Estados miembros para limitar el acceso de los solicitantes de empleo a las prestaciones sociales del Estado miembro de acogida.

### 3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO A LOS NO ACTIVOS

#### A) *La progresiva configuración de un principio relativo a la aplicación de la igualdad de trato a los ciudadanos inactivos*

En cualquier caso, la aplicación del principio de igualdad de trato a ciudadanos de la Unión inactivos económicamente es quizás el supuesto más controvertido del debate sobre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los recelos ante el turismo social. Como ya avanzamos, el TJUE ha desarrollado en este ámbito una jurisprudencia innovadora que ha dado lugar a la progresiva configuración de un principio conforme al cual los ciudadanos de la Unión inactivos con residencia legal en el Estado de acogida pueden llegar a beneficiarse de la concesión de prestaciones sociales en igualdad de trato con los propios nacionales<sup>51</sup>.

El TJUE ha ido construyendo este principio sobre la base del reconocimiento del efecto directo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión establecido en el artículo 20 apartado 1 del TFUE<sup>52</sup> y, sobre todo, de

---

aún más su legislación en relación a los solicitantes de empleo a través de las modificaciones realizadas en la Immigration (European Economic Area) Amendment (Nº2) Regulations 2013 (con entrada en vigor el 01.1.2014) y el Housing Benefit (Habitual Residence) Amendment Regulations 2014 (con entrada en vigor el 01.04.2014). Para un examen más detallado, *vid.* MINDERHOUD, P., «Directive 2004/38 and Access to Social Assistance Benefits» en *The reconceptualization...*, *op.cit.*, pp.219-22) y WRAY, H., HUNTER, A., «Implementation of Directive 2004/38 in the United Kingdom», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Migraciones Internacionales)*, nº110, 2014, pp. 71-78 y 82-86.

<sup>51</sup> Este planteamiento habría llevado a formular la existencia de una regla general conforme a la cual la ciudadanía de la Unión unida a la residencia legal en el Estado de acogida y a una situación dentro del ámbito de aplicación del Tratado daría lugar a un «derecho universal de no discriminación» que incluiría el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida, *vid.* ORŠOLIĆ DALESSIO, *cit.*, p.875.

<sup>52</sup> Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast, C-413/99, apartado 84 y sentencia de 7 de septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p.I-07091, apartado 31.

la extensión del principio de igualdad de trato a todas las situaciones contempladas dentro del ámbito de la ciudadanía de la Unión en virtud del juego de los Arts. 18, 20 y 21 TFUE, incluyendo a los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente que dispongan de residencia legal en el Estado de acogida<sup>53</sup>. Esta extensión se ha hecho particularmente evidente a través de la reiterada utilización por el TJUE en su jurisprudencia de la idea que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»<sup>54</sup>.

A ello se suma el reconocimiento explícito por el TJUE de que los Estados miembros deben dar muestras, a la hora de organizar sus sistemas de asistencia social, de «cierta solidaridad económica» con los nacionales de otros Estados miembros, en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario tienen un carácter temporal<sup>55</sup>. No obstante, el TJUE ha ido vinculando esta obligación de solidaridad al hecho de que el ciudadano de la Unión no activo económicamente pueda demostrar que ha establecido un vínculo real con la sociedad del Estado de acogida o que tiene un cierto grado de integración en el mismo. Así mismo, el TJUE ha buscado alinearse con los criterios establecidos con la Directiva 2004/38 al considerar, por ejemplo, que el grado de integración, en el caso de los estudiantes, puede concluirse de que se haya residido en ese Estado durante un período de cinco años, el mismo necesario para la adquisición del derecho de residencia permanente<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p.I-02691, apartados 61 y 62.

<sup>54</sup> De forma sobresaliente, este planteamiento ha permitido incluir dentro del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato de las becas o ayudas de manutención en el caso de los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia como estudiantes, a pesar de la excepción contenida en el art. 24, p.2 de la Directiva 2004/38 (*Vid.* entre otras, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I 6193, apartado 31; Sentencia de 11 de julio de 2002, D’Hoop, C 224/98, Rec. p. I 6191, apartado 2; Sentencia de 15 de marzo de 2005, Bidar, C-209/03, Rec. p.I-02119, apartado 31).

<sup>55</sup> Grzelczyk, C 184/99, *cit.*, apartado 44, Bidar, C-209/03, *cit.*, apartado 56.

<sup>56</sup> Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Förster, C-158/0, Rec. 2008 I-08507, apartado 49. Para una visión crítica del criterio utilizado por el TJUE en este asunto para constatar la existencia del vínculo real con el Estado de acogida, *vid.* MATAIJA, M, «Case C-158/07, Jacqueline Förster v. IB-Groep-Student aid and discrimination of non-nationals: clarifying or emaciating Bidar?», *The Columbia Journal of European Law on line*,

Por lo demás, aun aclarando que el derecho de residencia de los ciudadanos inactivos no es incondicional y que está sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación, el TJUE ha señalado que la aplicación de tales requisitos y limitaciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular el principio de proporcionalidad. En consecuencia, ha considerado desproporcionado interpretar el requisito del «carácter suficiente de los recursos» establecido en el Art. 7.1 de la Directiva 2004/38, considerando que es el propio interesado quien deba disponerlos, sin que pueda valerse de los recursos de un miembro de la familia que lo acompaña<sup>57</sup>.

Por el momento, el TJUE no se ha apartado de estas líneas jurisprudenciales, sino que parece más bien continuarlas en su jurisprudencia más reciente, aunque ésta también resulte matizada por las nuevas tendencias a las que venimos haciendo referencia. Dos cuestiones destacan en su jurisprudencia más reciente: la relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38 y la exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen.

B) *La relación entre las prestaciones previstas en el Reglamento 883/2004 y el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38*

Esta cuestión se ha suscitado a propósito del acceso por parte de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente a las llamadas «prestaciones especiales no contributivas», previstas en el art. 70 del Reglamento 883/2004<sup>58</sup>. Como es sabido, estas prestaciones tienen por objeto proporcionar unos ingresos mínimos de subsistencia y son facilitadas y sufragadas por el Estado miembro de residencia. El asunto Brey ilustra bien el problema a la vez que encaja claramente en el ámbito de medidas estatales recientes desti-

---

Vol. 15, 2009, pp.64-63 y VAN DER MEI, A.P., «Union Citizenship and the legality of durational residence requirements for entitlement to student financial aid», *Modern Journal*, Vol. 16, 2009, pp.490-491.

<sup>57</sup> Sentencia de 23 de marzo de 2006, Comisión/Bélgica, C-408/03, Rec. I-02647, apartado 41.

<sup>58</sup> Reglamento No 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DO L* 166 de 30.04.2004.

nadas a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos no activos a prestaciones sociales en el Estado de acogida<sup>59</sup>. En concreto, este asunto plantea si una prestación especial en metálico no contributiva incluida en el ámbito del Reglamento 883/2004 puede o no considerarse una prestación de asistencia social en el sentido del Art. 7 de la Directiva 2004/38 y si el mero hecho del recurso a la misma puede servir para demostrar que el ciudadano de la Unión representa una carga excesiva para el Estado de acogida.

En relación con la primera cuestión, a efectos de determinar qué es una prestación de asistencia social, el TJUE recuerda que tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido.

Insistiendo en los diferentes objetivos del Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38, el TJUE considera que el concepto de asistencia social a efectos del Art. 7 de la Directiva 2004/38 no debe determinarse en función de criterios formales, sino del objetivo perseguido por esta disposición de precisar las condiciones de ejercicio del derecho de residencia entre las que se incluye que los ciudadanos de la Unión que no tengan o hayan dejado de tener la condición de trabajador deben disponer de recursos suficientes. En consecuencia, el TJUE interpreta este concepto como referido a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global

---

<sup>59</sup> Este asunto plantea el acceso por un jubilado que ha ejercido el derecho de residencia como ciudadano de la Unión al llamado «suplemento compensatorio», una prestación especial en metálico no contributiva, destinada a cubrir la diferencia entre la pensión de vejez y otros ingresos y un determinado importe de referencia en el Estado de acogida (Austria) que éste supedita en su legislación nacional al requisito de tener la residencia habitual y legal en dicho Estado. Austria había modificado a partir del 1 de enero de 2011 el art. 51, p.1, n.º de su Ley de establecimiento y residencia con el objetivo de impedir que nacionales de otros Estados miembros pudiesen disfrutar del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión, cuando estos nacionales solicitasen durante su periodo de residencia el disfrute del suplemento compensatorio. Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey, C-140/12 (aún no publicada).

de la ayuda que puede conceder dicho Estado. De esta manera, concluye que el suplemento compensatorio puede considerarse incluido dentro en la asistencia social del Estado miembro de acogida<sup>60</sup>.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a si el mero hecho de disfrutar de una prestación de asistencia social puede servir para demostrar que el ciudadano de la Unión representa una carga excesiva para el Estado de acogida, el TJUE considera que, si bien podría ser un indicio demostrativo, las autoridades nacionales no pueden deducir tal conclusión sin haber procedido a una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de dicha prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado. Para ello, el TJUE propone que se puede tener en cuenta en particular: la importancia y la regularidad de los ingresos de los que se dispone, el hecho de que éstos hayan llevado a las citadas autoridades a expedirle un certificado de registro, así como el período durante el que la prestación solicitada puede abonársele. Por otro lado, para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social, el TJUE considera que puede ser pertinente determinar, como había alegado la Comisión en la vista, la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro<sup>61</sup>.

A la vista de estas consideraciones, el asunto Brey permite concluir que no cabe excluir automáticamente a los ciudadanos no activos de las prestaciones sociales en el Estado de acogida y que el mero hecho de disfrutar de una prestación de este tipo no es suficiente para demostrar que éste representa una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida y, por tanto, negarle el derecho de residencia. La solución parece la correcta desde una perspectiva garantista pero, sin embargo, presenta algunos problemas. El primero es que el TJUE se aparta del criterio del vínculo real y utiliza el de la doble apreciación individual y global de la repercusión de la concesión de la prestación en el sistema nacional de asistencia social. Sin embargo, el resultado es el mismo porque supone cargar nuevamente a los Estados miembros con el examen particularizado y casuístico de cada caso concreto con los riesgos que se presentan desde el punto de la seguridad jurídica<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> *Ibidem*, apartados 49, 60, 61, 62.

<sup>61</sup> *Ibidem*, apartados 64 y 78.

<sup>62</sup> De hecho, entre otros, VERSCHUEREN ya se había manifestado favorable a la solución de que el recurso a una prestación no contributiva de acuerdo con el Reglamen-

El segundo problema se deriva de que el razonamiento del TJUE podría conducir a la conclusión, tal como plantea el Abogado General Wathelet en el asunto Dano, que los Estados miembros no pueden denegar prestaciones de asistencia social a los ciudadanos de la Unión que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de obtener la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de los recursos suficientes para acogerse al derecho de residencia por un periodo superior a tres meses<sup>63</sup>. A este respecto, la opinión del Abogado General, seguida por el TJUE en su sentencia, se alinea perfectamente con las tesis favorables al recorte del acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida por parte los ciudadanos de la Unión inactivos al considerar que el criterio elegido por la legislación nacional para excluir el acceso a la prestación, permite evitar los abusos y una cierta forma de «turismo social» a la vez que garantizar la viabilidad económica del sistema de Seguridad social y no poner en peligro su equilibrio financiero<sup>64</sup>.

to 883/2004 no debería considerarse como un incumplimiento de la disposición de recursos suficientes (cf. VERSCHUEREN, H. «Free movement of persons in the European Union and social rights: an area of conflicting secondary law instruments?», *ERA-Forum: Scripta Iuris Europaei*, Vol. 12, 2011, nº2, pp. 287-299). Sin embargo, este autor es muy crítico con la solución del TJUE en el asunto Brey por considerar que rompe el compromiso al que se había llegado en 1992 en relación a la inclusión de las prestaciones especiales no contributivas en el ámbito de la seguridad social sujetas únicamente a un requisito de residencia y no como se hace ahora a un doble requisito de residencia legal y no ser una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida, a la vez que considera que la sentencia aumenta la inseguridad jurídica y la confusión sobre los beneficiarios de tales prestaciones (Cf. «Free movement on benefit tourism: The Unreasonable Burden of Brey», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 16, 2014, nº2, pp.159-164).

<sup>63</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior WATHELET presentadas el 20 de mayo de 2014, Dano, C 333/13, punto 105. Este asunto resulta también muy ilustrativo de los supuestos vinculados al debate sobre al derecho de residencia de los no activos, al referirse al caso de una nacional rumana con tarjeta de residencia que vive con su hijo en Alemania en casa de una hermana que los mantiene, y que, sin haber nunca buscado empleo ni ejercido una actividad profesional, solicita las prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo previstas en el SGB II (Código de seguridad social alemán). Tal prestación que comprende una prestación de subsistencia, el subsidio social y la participación en los gastos de alojamiento y calefacción, le es denegada en virtud de la legislación nacional que excluye con carácter general del beneficio de dicha prestación a los nacionales de otros Estados miembros que entraron en el territorio del Estado de acogida para obtener la ayuda social o cuyo derecho de residencia se derive del mero objetivo de la búsqueda de empleo. Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (aún no publicada), de la que solo podemos dar noticia, supone un viraje «restrictivo» del TJUE.

<sup>64</sup> *Ibidem*, puntos 131-133. Hay que tener en cuenta que se han planteado ante el TJUE asuntos que se refieren también a la misma cuestión: Petición de decisión prejudicial plan-

Finalmente, llama la atención, como se ha advertido, que el TJUE al analizar el concepto de asistencia social se refiera a conceptos comparables contenidos en instrumentos de Derecho Derivado aplicables a nacionales de terceros Estados como las Directivas 2003/86 (reunificación familiar) y 2003/109 (residentes de larga duración)<sup>65</sup>. En efecto, el TJUE parece equiparar la situación de los ciudadanos de la Unión y la de los nacionales de los terceros Estados con los peligros que puede conllevar en el actual estado de cosas no marcar claramente la diferencia entre ambas categorías en función de la existencia de la ciudadanía de la Unión.

C) *La exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado miembro de origen*

El TJUE también ha tenido la ocasión de confirmar su jurisprudencia en relación al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión que se desplazan como estudiantes. Sin embargo, tal confirmación se va a suscitar en relación a una serie de casos en los que lo que se plantea es la cuestión de la exportación de las ayudas de estudios previstas en el Estado de origen por aquellos estudiantes que en el ejercicio de sus derechos de libre circulación y residencia como ciudadanos de la Unión se desplazan a otros Estados miembros para cursar estudios. En esta problemática se enmarcan los asuntos Prinz, Thiele Meneses y Elrick<sup>66</sup>, en los que

---

teada por el Sozialgericht Duisburg (Alemania) el 16.01.2014, asunto C-19/14, Ana-Maria Talasca y Angelina Marita Talasca contra Stadt Kevelaer, *DO C* 142 de 12.05.2014, p.9 (desestimada por el TJUE por manifiestamente inadmisibles, auto del TJUE de 03.07.2014) y la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht (Alemania) el 10.02.2014, Asunto C-67/14— Jobcenter Berlin Neukölln / Nazifa Alimanovic y otros, *DO C* 142 de 12.05.2014, p.14.

<sup>65</sup> VERSCHUEREN, «Free movement on benefit tourism...», *cit.*, p.166.

<sup>66</sup> Sentencia de 18 de julio de 2013, Prinz, C 523/11 y C 585/11, sentencia de 24 de octubre de 2013, Thiele Meneses, C 220/12 y sentencia de 24 de octubre de 2013, Elrick, C 275/12 (aun no publicadas). En estos asuntos, el Estado de origen (en los tres supuestos Alemania) condiciona el acceso a una ayuda para cursar estudios en otro Estado miembro al requisito único de que el solicitante haya establecido su residencia permanente en ese Estado durante un mínimo de tres años antes de comenzar los referidos estudios (asunto Prinz); de haber fijado un domicilio permanente en ese Estado o en caso de no tenerlo únicamente, cuando se justifique por circunstancias particulares (asunto Thiele Meneses); y a que la formación a cursar en otro Estado miembro conduzca a un título profesional equivalente a los expedidos por los centros de formación profesional ubicados en ese Estado al finalizar un ciclo de al menos dos años (asunto Elrick).

el TJUE procede a la reafirmación de que los derechos de la ciudadanía de la Unión en el caso de los estudiantes también se pueden invocar frente al Estado de origen<sup>67</sup>. En concreto, el TJUE considera la normativa nacional como una restricción de las libertades de circulación y residencia del art. 21 TFUE.

Lo más interesante es que en estos asuntos resultan perceptibles algunas de las «nuevas» tendencias en la jurisprudencia del TJUE a las que ya hemos referenciado, tal como pone de manifiesto que el TJUE evidencie la transversalidad entre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y la política de educación, en cuyo marco se sitúa el objetivo promovido por el propio TFUE de favorecer la movilidad de estudiantes y de profesores<sup>68</sup>. La transversalidad también se establece en relación a la política social, recordando que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a la libertad de residencia<sup>69</sup>.

En esta misma línea, hay que destacar que el TJUE establezca como criterio para determinar la obligación del Estado de origen de conceder la ayuda de estudios la existencia de un cierto grado de integración en ese Estado, recordando que la prueba para admitir la existencia de un vínculo real no debe tener un carácter demasiado excluyente, atribuyendo indebidamente prioridad a elementos que no sean necesariamente representativos del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante y dicho Estado miembro. Este razonamiento lleva a que el TJUE considere que los requisitos establecidos en la legislación nacional no resultan proporcionados y que sugiera otros a tener en cuenta como el que el estudiante tenga la nacionalidad del Estado miembro de que se trate y haya estado escolarizado en él durante un período de tiempo significativo, u otros factores tales como, en particular, su familia, su empleo, sus conocimientos lingüísticos o la existencia de otros vínculos sociales o económicos<sup>70</sup>. De esta forma, el TJUE amplía la dimensión del «vínculo real» que no solo se

---

<sup>67</sup> Sentencia de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher, C 11/06 y C 12/06, Rec. p. I 9161.

<sup>68</sup> Prinz, C 523/11 y C 585/11, *cit.*, apartado 9; Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 24, Elrick, C 275/12, *cit.*, apartado 24. En este sentido, es relevante que se recuerde que los Estados miembros son competentes en relación los contenidos de la enseñanza y a la organización de los sistemas educativos respectivos, pero que esas competencias tienen que ejercerse respetando las libertades de circulación y residencia reconocidas en el art. 21 TFUE.

<sup>69</sup> Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 43.

<sup>70</sup> Prinz, C 523/11 y C 585/11, *cit.*, apartado 38; Thiele Meneses, C 220/12, *cit.*, apartado 38.

plantea como un vínculo vertical con el Estado miembro sino como un vínculo horizontal de comparación con los ciudadanos de la Unión que se encuentren en una situación similar<sup>71</sup>.

#### IV. DERECHO DE RESIDENCIA Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA UE: LOS RIESGOS DE LA CASUÍSTICA Y LA NECESIDAD DE UNA CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA

Recapitulando todo lo visto, se pone de manifiesto cómo la cuestión relativa al acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia, en realidad, lo que plantea es el alcance de la obligación de solidaridad social en la Unión Europea o dicho en otras palabras, si existen obligaciones de justicia distributiva entre los ciudadanos de la Unión Europea<sup>72</sup>. La respuesta no resulta sencilla debido a la debilidad con la que el Tratado de Lisboa trata a la solidaridad como valor propio de la Unión Europea, sin ni siquiera mencionarla a propósito de la ciudadanía de la Unión<sup>73</sup>.

De forma consciente o inconsciente, el TJUE ha intentado dar respuesta, estableciendo una obligación de solidaridad que, efectivamente supera la lógica economicista de considerar que tal obligación sólo se devenga en relación con los ciudadanos de la Unión activos económicamente que contribuyan al mantenimiento del sistema social del Estado de acogida y la ha extendido también a aquellos en los que existen perspectivas de que lo hagan (como los solicitantes de empleo e incluso los estudiantes) y, de forma más radical, a los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente que simplemente ejercen el derecho fundamental de residencia contemplado en el Art. 21 TFUE.

En esta operación, como hemos visto, el TJUE ha utilizado dos criterios. Uno es el criterio del vínculo de integración que toma en consideración el gra-

---

<sup>71</sup> Cf. NEUNOVEN, P.J., «In Search of (Even) More Substance for the «Real Link» Test: Comment on Prinz and Seeberger», *European Law Review*, Vol. 39, 2014, nº1, pp. 125-136.

<sup>72</sup> SANGIOVANNI, A., «Solidarity in the European Union», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.33, 2013, nº2, p. 4.

<sup>73</sup> Cf. WILLIAMS, A., *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University press, Cambridge, 2010, p. 211. y GUILD, E., «Does European Citizenship Blur the Borders of Solidarity», en *The Reconceptualization...op.cit.*, pp.193-194.

do real y efectivo de conexión con el Estado miembro proveedor de la prestación que con carácter general es el Estado miembro de acogida (como en el caso de los solicitantes de empleo, los trabajadores a tiempo parcial, los hijos de los trabajadores transfronterizos o los estudiantes), pero que también puede ser el Estado de la nacionalidad (como en el caso de los estudiantes). En todo caso, el concepto de «Real link» manejado por el TJUE no es monolítico, sino que las circunstancias a tener en cuenta para determinarlo son plurales<sup>74</sup>.

Cuando no existe un vínculo real y efectivo de conexión con el Estado de acogida, el TJUE considera que para que el Estado miembro pueda demostrar que el acceso por el ciudadano de la Unión a una prestación social representa una carga excesiva para su sistema de asistencia social, tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre el sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado.

Desde una visión crítica, la construcción a la que da lugar la utilización de estos criterios presenta, como se ha apuntado, luces y sombras. Por una parte, parece positivo que el TJUE haya optado por un enfoque flexible de la «pertenencia» basada en una valoración del grado de integración, que se determina en cada caso particular en función del vínculo real y efectivo con el Estado miembro concernido. Como se apunta, en principio, este enfoque resulta más adecuado que la utilización de un criterio fijo o formal porque permite llevar a cabo una aproximación más matizada de la justificación de la extensión de la solidaridad social a los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia, a la vez que sirve para evitar el «turismo social»<sup>75</sup>.

Sin embargo, hay coincidencia al afirmar que al remitir al examen subjetivo y particular de cada caso, este sistema conduce a un resultado impredecible e incierto que no puede tener una aplicación general y que dificulta que los ciudadanos de la Unión sepan realmente el alcance de sus derechos sociales<sup>76</sup>. Se señala también que tal planteamiento, basado exclusivamente en

---

<sup>74</sup> LENAERTS, K., «European Union citizenship, national welfare systems and social solidarity», *Jurisprudencija-Jurisprudence*, Vol.18, 2011, nº2, p. 418.

<sup>75</sup> GOLYNKER, O., «EU Citizenship and the role of the European Court of Justice in reconfiguration of social solidarity in European Union», *RSCAS Working paper*, 2010, p. 6.

<sup>76</sup> *Ibidem*; O'LEARY, S., «Developing an Ever Closer Union Between the Peoples of Europe? A reappraisal of the case-law of the Court of Justice on the free movement of persons and EU citizenship», *Yearbook of European Law*, 2008, p.182; ORŠOLIĆ DALESSIO, *cit.*, p. 887.

situaciones y derechos individuales, carece de la necesaria dimensión colectiva de la solidaridad y que por tanto resulta dudoso que pueda servir por sí solo como catalizador para la creación de una nueva identidad solidaria entre los ciudadanos de la Unión<sup>77</sup>.

Además de estos argumentos, el *modus operandi* del TJUE resulta criticable, primero por la incertidumbre y la inseguridad jurídica que genera, ya que obliga a un examen de cada situación particular y, sobre todo, porque el TJUE ha ido construyendo esa obligación de solidaridad de los Estados miembros sin apoyo normativo y sin respetar la *ratio legislativa* y el consenso en su día logrado entre los Estados miembros acerca del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión al que responde la Directiva 2004/38 y en concreto la excepción contemplada en el Art. 24.2<sup>78</sup>. Precisamente si esta disposición establece una norma tan poco ambigua es porque el legislador comunitario quiso evitar los problemas derivados de una «sobre personalización» de las reclamaciones, optando por una solución que favorece la seguridad jurídica y la transparencia<sup>79</sup>. Esta incertidumbre se agudiza cuando al intentar reducir los efectos de planteamientos que conducirían a contradecir completamente lo establecido en la Directiva 2004/38, el TJUE fuerza el ajuste al sistema progresivo de la Directiva 2004/38 que únicamente establece una obligación de solidaridad social clara en relación con las situaciones que encajen en el marco del derecho de residencia permanente que se adquiere después de cinco años de residencia legal en el Estado miembro de acogida<sup>80</sup>.

En nuestra opinión, en estos momentos el desfase entre el marco normativo que representa la Directiva 2004/38 y las consecuencias de la jurisprudencia del TJUE, especialmente en relación con el acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente, resulta demasiado grande. Esta brecha no solo ha dado lugar a la tensión entre los Estados miembros que ejemplifica el debate actual en torno al dere-

---

<sup>77</sup> GIUBBONI, *op.cit.*, p. 194.

<sup>78</sup> Cf. MARTIN VIDAL, M.A., «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº8, 2007, Julio-Diciembre, pp.128-129.

<sup>79</sup> LENAERTS, *cit.*, p.408.

<sup>80</sup> *Vid.* las reflexiones de CAICEDO CAMACHO, N., «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los estados?», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 19, 2014, pp. 96-143.

cho de residencia, sino que incluso podría estar teniendo incidencia en el propio proceso de integración, tal como se pone de manifiesto en los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo y el ascenso de los partidos con discursos populistas que propugnan claramente el recorte de los derechos de libre circulación y residencia aparejados a la ciudadanía de la Unión Europea.

Por esta razón, en primer lugar, nos parece que sería muy oportuno proceder a una modificación de la Directiva 2004/38 en la que se recogiese de forma clara el alcance del principio de igualdad de trato en relación con el acceso a las prestaciones sociales por parte de todos los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia<sup>81</sup>. Somos plenamente conscientes de que existe el riesgo de que algunos Estados miembros pudieran aprovechar tal oportunidad para plantear recortes al sistema existente<sup>82</sup>. Obviamente no se trata de dar marcha atrás de lo ya conseguido, sino de clarificar y dar coherencia al sistema. En este sentido, si hay consenso acerca de que el criterio del vínculo real y efectivo puede ser un mecanismo adecuado para establecer un sistema de solidaridad social entre los ciudadanos de la Unión, el objetivo debería ser incorporarlo junto con todos los avances de la jurisprudencia del TJUE en relación, entre otros, a la delimitación del concepto de asistencia social y la interpretación restrictiva de los requisitos del Art. 7. Se trataría por tanto de establecer una fórmula que permita la aplicación del criterio del vínculo real y que, siendo flexible, ofrezca a la vez la necesaria seguridad jurídica y alcance general de aplicación. En esta misma línea, debería aclararse el concepto de «carga excesiva» para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, sin que los Estados miembros tengan que proceder a apreciaciones globales de tal carga sobre sus sistemas de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias cada situación.

En segundo lugar, sería muy conveniente reforzar el objetivo de la solidaridad al que se refiere con carácter general el TUE en sus Arts. 2 y 3 con acciones concretas que sirvan para resolver las tensiones que genera entre los Estados miembros el acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia. A este respecto, hay que tener en cuenta el interés que tendría proceder a una mayor coordinación en el ámbito social que permita la exportabilidad de las prestaciones de asistencia so-

<sup>81</sup> GOLYNKER, *cit.*, p.7.

<sup>82</sup> Tal como alertan, GUILD, CARRERA, EISELE no deberían proponerse modificaciones de la Directiva 2004/38 sino se prueba que son necesarias y proporcionales para alcanzar un fin público y se fundamentan en datos objetivos y contrastados (*op.cit.*, p.141).

cial, especialmente aquellas que garantizan unos ingresos mínimos y las prestaciones de desempleo. Desde esta misma opinión, aunque reconociendo de forma realista la dificultad de llevarla adelante en el momento actual, se plantea la posibilidad de establecer un «Ingreso mínimo europeo»<sup>83</sup>. Así mismo, se ha planteado la creación de un fondo de la Unión Europea destinado a compensar a los Estados miembros que en un momento puedan ser importadores netos de solicitantes de ayudas sociales<sup>84</sup>.

De forma complementaria, hay también que hacer referencia a las propuestas destinadas a contrarrestar los efectos de la movilidad del talento, como la relativa a la creación de un «Acuerdo europeo justo sobre el talento»<sup>85</sup>. En esta misma línea, hay que recordar finalmente la importancia de los mecanismos de cohesión económica y social puesto hay que tener en cuenta, en todo caso, una versión en negativo de los derechos de libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión que sería el no verse obligado a ejercerlos debido a la falta de oportunidades en el Estado miembro de origen<sup>86</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

Comenzamos este trabajo preguntándonos acerca de las repercusiones y el alcance de la crisis sobre los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea. Pues bien, el examen realizado confirma efectivamente que la profunda crisis por la que atraviesa la UE ha afectado a dichos derechos en la medida en que ha erosionado los principios fundacionales de solidaridad e igualdad de trato.

---

<sup>83</sup> GIUBBONI, *op.cit.*, p. 196

<sup>84</sup> SANGIONANNI, *cit.*, p. 28.

<sup>85</sup> *Vid.* BUSSE, M., MOREHOUSE, C., «Unblocking the Lifeline of Talent», *CEPS Policy Brief*, N°306 de 6.12.2013. Esta propuesta, que sería particularmente interesante para España, contempla la articulación de un mecanismo de estabilización de la movilidad del talento (European Fair deal on Talent Strategy) que consistiría en un paquete económico administrado por la Unión Europea y que financiado por los Estados miembros que en un momento determinado resulten beneficiarios netos de la movilidad del talento estaría destinado a los Estados miembros de donde proceda el talento con el objetivo de aumentar las perspectivas de empleo, promoviendo la inversión en educación y formación.

<sup>86</sup> Cf. STRUMIA, F., «Remedying the inequalities of economic citizenship in Europe: cohesion policy and the negative right to move», *European Law Journal*, Vol. 17, 2011, n°6, p. 739.

Desde una perspectiva común a ambas libertades, la crisis ha tenido un doble efecto derivado de los recelos ante las consecuencias económicas de su ejercicio sobre el gasto público que explican la perniciosa conexión entre las nuevas tendencias restrictivas del derecho de libre circulación que persiguen una finalidad económica con las medidas adoptadas por algunos Estados miembros para restringir el acceso a sus sistemas de asistencia social de los ciudadanos de la Unión Europea que ejercen el derecho de residencia.

De esta forma, el primer efecto constatable es la división de los ciudadanos de la Unión en dos bandos enfrentados entre sí: los «estáticos» y los «dinámicos». Los primeros, entendiéndolo por tal a quienes no ejercen habitualmente el derecho a la libre circulación y residencia que les confiere la ciudadanía europea, consideran que los segundos, que sí han recurrido a ese derecho desplazándose desde su Estado de origen hacia uno o varios Estados de acogida para mejorar su calidad de vida, constituyen una minoría que está sobre-exploando los beneficios inherentes a la ciudadanía. Esta dinámica de antagonismo ha alimentado la idea de una inversión de la relación coste-beneficio, de manera que las libertades de circulación y residencia, en lugar de reportar múltiples ventajas de índole económica, social y política, se han convertido en un lastre para el desarrollo de la Unión y de sus Estados miembros.

El examen realizado permite vislumbrar un segundo efecto que se identifica con una suerte de convergencia negativa entre el estatuto privilegiado de los ciudadanos europeos y el de inmigrante aplicable a los nacionales de terceros países. En lugar de consolidarse una redefinición positiva encaminada a atribuir a determinadas categorías de nacionales de terceros países derechos y obligaciones similares a los de los ciudadanos europeos, se estaría operando justo el proceso inverso, de forma que los ciudadanos de la UE que supongan una carga económica para el Estado de acogida están empezando a ser calificados y tratados como «inmigrantes de otros Estados miembros» o simplemente extranjeros. Este giro supone un gran riesgo puesto que devaluaría la ciudadanía europea, que estaría fracasando en su vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de todos los Estados miembros y asegurar su igualdad, además de ensombrecer el porvenir de una UE en la que parece haberse resquebrajado el consenso constituyente sobre la intangibilidad de los derechos de libre circulación y residencia.

Estos elementos sombríos se proyectan de forma concreta y específica en el ejercicio del derecho de residencia, en el que se percibe una tendencia hacia la «polinización recíproca» entre el derecho de residencia cubierto por la libre circulación de trabajadores y el de los ciudadanos inactivos económi-

camente, especialmente palpable por la vía de la utilización del criterio del vínculo real para determinar el alcance de la obligación de solidaridad de los Estados miembros. Las consecuencias de tal interacción aún no están plenamente definidas pero apuntan hacia su utilización como un mínimo común a la baja e incluso como una forma de retroceder en los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión que ejercen el derecho de residencia en el marco de la libre circulación de trabajadores.

Por otra parte, sin empañar el papel absolutamente trascendental desempeñado por el TJUE en la progresiva ampliación del ámbito de los ciudadanos de la Unión beneficiarios de solidaridad social en el ejercicio del derecho de residencia, dos razones evidencian la necesidad de proceder a la modificación de la Directiva 2004/38 con el objetivo de clarificar y dar coherencia al sistema. Una se debe a la brecha existente entre algunas de las soluciones dadas por el TJUE para hacer efectiva esa solidaridad y el marco normativo que ofrece esta disposición. La otra razón se encuentra en la incertidumbre que genera la utilización de criterios basados en la aproximación casuística y el examen particularizado de cada situación.

En todo caso, corresponde al TJUE seguir garantizando el ejercicio efectivo del derecho de residencia y el principio de igualdad de trato, controlando la adecuación de las medidas nacionales restrictivas a los principios que se han ido consolidando. En este sentido, la labor del TJUE no está exenta de dificultades, en tanto que el Tribunal, como el resto de Instituciones europeas, no está libre de las presiones restrictivas que emanan de los Estados miembros. Por esta razón, nos parece necesario continuar investigando en el futuro para dilucidar si las tendencias restrictivas de la libre circulación y residencia que hemos detectado responden a un contexto y un escenario puntual marcado por la crisis económica o, por el contrario, son la punta del iceberg de un proceso de mayor calado con impredecibles consecuencias para la integración europea.

DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNION  
Y PRESTACIONES SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿HACIA UN  
PLANTEAMIENTO CASUÍSTICO Y AMBIGUO DE LA SOLIDARIDAD  
ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS?

RESUMEN: La proyección de la crisis económica sobre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión ha reavivado el debate en torno a la aplicación del principio de igualdad de trato al acceso a las prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida (o

incluso en el de origen) en el marco de la aplicación e interpretación de la Directiva 2004/38. El análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE en relación a los supuestos en los que se centra este debate, que afecta especialmente a los ciudadanos de la Unión no activos económicamente, permite identificar una serie de tendencias que podrían tener efectos restrictivos. La cuestión clave sigue siendo determinar el alcance de la solidaridad social en la Unión a la vista de los riesgos que suscita la casuística y clarificar el sistema.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de residencia; ciudadanía de la Unión; igualdad de trato; prestaciones sociales; solidaridad; vínculo real; Directiva 2004/38.

#### RIGHT OF RESIDENCE OF THE UNION'S CITIZENS AND ACCESS TO SOCIAL BENEFITS IN TIMES OF CRISIS: TOWARDS A CASUISTIC AND AMBIGUOUS APPROACH OF THE SOLIDARITY BETWEEN STATE MEMBERS?

**ABSTRACT:** The projection of the economic crisis on the right of residence of citizens of the Union has rekindled the debate on the application of the principle of equal treatment to the access to social benefits in the host Member State (or even in the State of origin) in the framework of the application and interpretation of Directive 2004/38. The analysis of the recent jurisprudence of the European Court of Justice in relation to the cases in which this debate focuses, especially the citizens of the Union not active economically, allows the identification of a number of trends, which might have restrictive effects. The key question is still determining the extent of social solidarity in the Union in view of the risks that raises the casuistic and to clarify the system.

**KEY WORDS:** Right of residence; citizenship of the Union; equal treatment; social welfare; solidarity; real link; Directive 2004/38.

#### DROIT DE SÉJOUR DES CITOYENS DE L'UNION ET ACCÈS AUX PRESTATIONS SOCIALES EN TEMPS DE CRISE: VERS UNE APPROCHE CASUISTIQUE ET AMBIGUË DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES ÉTATS MEMBRES?

**RÉSUMÉ:** La projection de la crise économique sur le droit de séjour des citoyens de l'Union a ravivé le débat sur l'application du principe d'égalité de traitement à l'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil d'origine dans le cadre de l'application et l'interprétation de la Directive 2004/38. L'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Justice européenne en ce qui concerne les cas dans lesquels ce débat se concentre, surtout les citoyens de l'Union non active sur le plan économique, permet d'identifier un certain nombre de tendances qui pourraient avoir des effets restrictifs. La question clé reste déterminer l'étendue de la solidarité sociale dans l'Union compte tenu des risques qui déclenche la casuistique et clarifier le système.

**MOTS CLÉS:** Droit de résidence; citoyenneté de l'Union; égalité de traitement; protection sociale; solidarité; lien réel; Directive 2004/38.

# LÍMITES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS: UNA REVALUACIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LÍMITES NORMATIVOS CLÁSICOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE.
  1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICA.
  2. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS PARA SU APLICACIÓN.
- III. DESARROLLOS NOVEDOSOS EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DEL ORDEN PÚBLICO, LA SALUD Y LA SEGURIDAD PÚBLICAS.
  1. MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO PERSONAL Y MATERIAL DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN.
  2. LA POSIBLE VINCULACIÓN ENTRE LAS LIMITACIONES TRADICIONALES Y LAS NUEVAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR MOTIVOS ECONÓMICOS.
  3. LIMITACIONES POR SALUD PÚBLICA Y FINES ECONÓMICOS.
- IV. ALGUNAS APORTACIONES RECIENTES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS GARANTÍAS EXIGIBLES A LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SALUD Y SEGURIDAD PÚBLICA.
  1. VIGENCIA Y GRAVEDAD DE LAS AMENAZAS AL ORDEN PÚBLICO, SALUD O SEGURIDAD PÚBLICAS.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público, acreditada a Catedrática. Universidad de Málaga. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Colectivos en las márgenes: su exclusión por el derecho en tiempos de crisis» (DER 2012-34320).

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS AFECTADOS POR LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS.
  3. LA DETERMINACIÓN DE QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVOS IMPERIOSOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA.
- V. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de libre circulación y residencia ha constituido desde sus orígenes la clave de bóveda del proceso de integración europea, primero en la consecución del mercado interior y, desde su inclusión en el estatuto de la ciudadanía europea, para el reconocimiento de un status jurídico común a todos los nacionales de los Estados miembros<sup>1</sup> que les permite disfrutar del mismo tratamiento con independencia de su nacionalidad. También desde los inicios, el ejercicio de este derecho ha estado sometido a limitaciones y condiciones, tal y como recuerda el artículo 21.1 del vigente TFUE, entre las cuales el orden público, la salud o la seguridad pública han ocupado tradicionalmente un lugar central no exento de controversia<sup>2</sup>.

Asimismo es notorio que, debido a su naturaleza experimental<sup>3</sup>, la ciudadanía es un estatuto dinámico, que refleja con gran fidelidad las vicisitudes que el proyecto europeo experimenta en cada fase o momento histórico. En la actualidad la UE atraviesa una crisis económica, pero también política y social, cuyas repercusiones, significación y alcance están todavía por determinar<sup>4</sup>, pero que parecen afectar de manera muy especial al derecho a la libre circulación y a la interpretación de sus limitaciones.

Esta es la razón por la que hemos considerado el interés científico y social que tiene identificar y analizar las cuestiones renovadas que el ejercicio de la libre

---

<sup>1</sup> JACOBS, F.J., «Citizenship of the European Union: a legal analysis», *European Law Journal*, vol. 13, nº5, 2007, pp. 591-610; VOLLENSCHLAGER, F., «A new fundamental freedom beyond market integration: Union Citizenship and its dynamics for shifting the economic paradigm of European integration», *European Law Journal*, vol. 17, nº1, 2011, pp. 1-34.

<sup>2</sup> Así lo atestigua Heaton. HEATON, R., «European Community after 1992: the freedom of movement of people and its limitations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 643, 1992-93, pp. 644-656.

<sup>3</sup> GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C., KOSTAKOPOULOU, D., *The reconceptualization of European Union citizenship*, M. Nijhoff, Leiden, 2014, p.1 y ss.

<sup>4</sup> De hecho, para Habermas, la crisis de la UE es fundamentalmente una crisis de legitimación, una crisis de solidaridad y una crisis de confianza. HABERMAS, J., *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, en especial pp. vii-xi.

circulación y residencia suscita en el presente contexto de crisis económica, así como las posibles tendencias restrictivas que de la misma pudieran derivarse. El resultado de esta labor, que hemos desarrollado de forma conjunta, comprende dos estudios independientes en su autoría, pero complementarios y estrechamente relacionados entre sí<sup>5</sup>. En concreto, nuestro propósito es discernir hasta qué punto el orden público, la salud o la seguridad pública, arquetipo limitador de los derechos fundamentales en general y del derecho a la libre circulación en particular, puede haber sufrido cierta hipertrofia en un contexto económico adverso y sus posibles repercusiones en el estatuto de la ciudadanía de la Unión.

Así, el presente artículo aborda la problemática actual que plantea el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia a partir de los desarrollos novedosos experimentados por estas restricciones tradicionales empleando una metodología basada en un análisis predominantemente jurisprudencial, puesto que en el desarrollo de este derecho, al igual que en el de la propia configuración de la ciudadanía europea, el TJUE desempeña una labor crucial. En este sentido, teniendo en cuenta el vasto acervo jurisprudencial y doctrinal relativo a la libre circulación, el marco temporal de análisis de la presente contribución parte de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), que justamente coincide con los albores de la crisis económica.

Los análisis cuantitativos indican que dicha crisis no ha supuesto un incremento significativo del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por los ciudadanos de la Unión<sup>6</sup>, pero apuntan hacia un modelo de movilidad interior distinta, una suerte de «nueva emigración», protagonizada por una generación de ciudadanos europeos que no responden a los perfiles migratorios típicos de tiempos pasados, en tanto que ejercen su derecho de libre circulación buscando sobre todo rentabilizar las oportunidades de promoción profesional y personal<sup>7</sup>. Lógicamente este fenómeno no ha afectado

---

<sup>5</sup> Vid. el estudio de Lirola Delgado, I., «Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis», *RDCE*, n.º 49.

<sup>6</sup> A finales de 2012, solo 14'1 millones de ciudadanos europeos residían en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad (el 2'8% de la población total), mientras que los nacionales de terceros países suponen un 4% de la población europea. Ello demostraría que la movilidad interior desde 2008 ha aumentado muy lentamente debido a la recesión económica y a la reducción de la inmigración proveniente de los PECOS. Datos ofrecidos por la Comisión Europea en el documento titulado, «Análisis trimestral sobre el empleo y la situación social en la UE», junio de 2013, pp. 42-43, basado en datos de Eurostat (EPA-UE).

<sup>7</sup> La incidencia directa de la crisis en este fenómeno parece incuestionable, al propiciar el desplazamiento de jóvenes, procedentes principalmente de los Estados miembros económicamente más débiles y con mayores índices de desempleo, hacia aquellos otros socios con más oportunidades laborales y/o de formación. GALGÓCZI, B., WATT, A., (ed.),

por igual a todos los Estados miembros, de manera que, según se trate de Estados de origen o de acogida, el debate político y social en torno a las ventajas e inconvenientes que comporta el ejercicio de la libre circulación y sus limitaciones difiere de forma sustancial<sup>8</sup>.

A los efectos que aquí nos interesan, en este contexto de crisis la combinación de los llamados «ciudadanos móviles de la UE»<sup>9</sup>, sumado a la inmigración *strictu sensu* procedente de terceros países, está empezando a tener consecuencias jurídicas relevantes en dos planos interconectados.

Por una parte, estaría propiciando una tendencia a difuminar la diferencia entre ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países, dando lugar, como tendremos ocasión de comprobar, a una perniciosa equiparación en virtud de la cual se configuraría una sola categoría genérica, la de «inmigrantes»<sup>10</sup>. Ello supondría un giro copernicano en la percepción que la opinión pública tenía del derecho a la libre circulación<sup>11</sup>, al presuponer que su ejercicio en tiempos de crisis deviene un factor negativo, ya que contribuye a minar los sistemas nacionales de protección social y pone en entredicho el estado de bienestar. La generalización de este argumento indujo a la Comisión a salir en defensa del derecho a la libre circulación, rebatiendo su falta de

---

*EU labour migration since enlargement: trends, impacts and policies*. Ashgate Publishing, 2013, así como los datos de dos informes. El informe anual *Employment and social development in Europe 2013*, de 21.01.2014, pp. 284-286, y el *Survey Report. Emigrating on times of crisis, Highlights and new data for an e-survey on high squalled emigrants from Southern Europe and Ireland*, Global Governance Programme, European University Institute, 2013.

<sup>8</sup> En los Estados de acogida más afectados por la movilidad interior, caso de Gran Bretaña, Alemania u Holanda, la polémica gira en la incidencia negativa sobre sus sistemas sociales, mientras que, por el contrario, en los Estados de origen, por ejemplo Rumania o España, versa sobre la pérdida de recursos humanos y talento o los efectos de dicha fuga de jóvenes cerebros. Destaca la visión holística y acertada ofrecida sobre el particular por SHAW, J., «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Papers*, RCAS 2010-60, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory; También por la misma autora, «EU citizenship and the edges of Europe», *CITSEE Working Paper* 2012/19, p. 5.

<sup>9</sup> Terminología empleada en la Comunicación de la Comisión «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», COM (2013)837 final, de 25.11.2013, a la que se refiere también la nota 11.

<sup>10</sup> GUILD, E., CARRERA, S./EISELE, K., «Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU», *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU*, Justice and Home Affairs, CEPS Paperbacks, pp. 111-127.

<sup>11</sup> Según las encuestas oficiales, el derecho de libre circulación es, para el 56% uno de los logros más apreciados de la integración europea y la cara más visible de la ciudadanía. *Eurobarometer 15-24.03.2014*.

fundamentación estadística y documental<sup>12</sup>. A nuestro juicio, el peligro de un giro así estriba en que puede llegar a cuestionar el estatuto de la ciudadanía de la Unión como condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia o, cuando menos, la dimensión social de la ciudadanía europea<sup>13</sup>.

Paralelamente, la crisis también estaría modulando y facilitando los límites a la libre circulación por razones de orden público, seguridad o salud pública, que podrían estar alegándose, en contra de la prohibición contenida en el derecho derivado, con fines exclusivamente económicos.

Frente a estos desarrollos recesivos, nuestra premisa de partida es que el ejercicio de la libre circulación en el territorio de los Estados miembros, sin otras limitaciones que las legalmente establecidas, que deben ser interpretadas restrictivamente, resulta imprescindible para garantizar la libertad y la igualdad en la Unión Europea. No solo es un requisito básico para el crecimiento económico, sino que ha adquirido una importancia fundamental como vector de integración política y social<sup>14</sup>, además de empoderar al ciudadano europeo y mejorar sus expectativas y horizontes<sup>15</sup>. De ahí la necesidad de proteger el acervo normativo existente frente a posibles derivas restrictivas, evitando dar por sentado su irreversibilidad<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> La Comisión adoptó el 25.11.2013 una Comunicación sobre «La libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», COM (2013) 837 final, en la que se afirma que los ciudadanos móviles de la UE pagan más en impuestos y contribuciones a la Seguridad Social que las prestaciones que reciben, por lo que en modo alguno suponen una carga para los Estados miembros de acogida, y que además no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar y la movilidad interior. Dichos datos están basados en un Informe elaborado a petición de la propia Comisión titulado «ICF GHK Milieu: A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence», 14.10.2013.

<sup>13</sup> MARTÍN VIDA, M.A., «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y su acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007, pp. 95-137.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ LOBEIRA, P.C., «EU citizenship and political identity: the Demos and Telos problems», *European Law Journal*, vol. 18, nº 4, 2012, pp. 504-517.

<sup>15</sup> KOCHENOV, D., «The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?», *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, vol. 62, nº 1, p. 134.

<sup>16</sup> CLOSA, C./VINTILA, C.D., «La ciudadanía europea en tiempos de crisis», *El estado de la Unión Europea, La ciudadanía europea en tiempos de crisis*, LÓPEZ GARRIDO, D., (dir), Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, Madrid, 2014, p. 20.

Por todo lo anterior, ya hemos anticipado que el objetivo final del presente trabajo es reexaminar los límites tradicionales a la libre circulación de personas en el contexto actual de crisis que experimenta la UE, al objeto de discernir si las tendencias apuntadas estarían erosionando la ciudadanía de la Unión. Con tal fin, comenzaremos analizando el marco normativo en el que se regulan tales límites, aproximándonos al concepto y el contenido del orden público, salud o seguridad pública, y desgranando las garantías normativas previstas para su aplicación (II). A continuación, nos centraremos en la aplicación e interpretación de estas limitaciones mediante el examen de la jurisprudencia del TJUE posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa relativa a la libre circulación como un derecho fundamental, que no depende de la concurrencia de elementos transfronterizos o referentes comunitarios, ni del ejercicio de actividades económicas, sino solo del estatuto de la ciudadanía europea<sup>17</sup>. Examinaremos los principales desarrollos novedosos que a nuestro juicio se están operando en la materia, y que afectan al ámbito personal y material del derecho a la libre circulación, así como a la posible aparición de un vínculo creciente entre el orden público y la salud pública y las nuevas restricciones a la libre circulación por motivos económicos (III). Indagaremos luego en las aportaciones recientes en el control judicial por el TJUE de los límites a la libre circulación por razón de orden público, salud o seguridad pública (IV), para culminar con algunas consideraciones finales, fruto de la reflexión conjunta con Isabel Lirola (V), acerca de si las transformaciones experimentadas en las limitaciones de la libre circulación son puramente coyunturales o si, por el contrario, indican una mutación en este derecho, que de instrumento jurídico clave en la integración europea, estaría empezando a ser considerado un lastre para el progreso económico y social de la Unión y de sus Estados miembros.

## II. LÍMITES NORMATIVOS CLÁSICOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Ya ha quedado de manifiesto que la libre circulación de personas en la UE no ha sido nunca un derecho absoluto, sino que ha estado sometida a condiciones normativas previstas tanto en los Tratados como en el derecho

---

<sup>17</sup> Sobre la naturaleza bifronte de la libre circulación de personas, en su doble dimensión de libertad económica y política *vid.* SOTO MOYA, M., «La libre circulación de personas como concepto ambivalente», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, nº 1, 2008, pp. 163-178.

derivado<sup>18</sup>. De hecho, la libre circulación presenta un anclaje triple en el derecho originario. A su conexión íntima con el establecimiento de un mercado común interior reconocida expresamente en el Acta Única Europea se sumó la condición de derecho inherente al estatuto de la ciudadanía europea proclamada en el Tratado de Maastricht, y desde el Tratado de Ámsterdam, también la de piedra angular del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Esta base múltiple se ha mantenido en el artículo 3.2 del vigente TUE y en los artículos 20.2.a), 21.1 y 67 del TFUE. En concreto, el artículo 21.1 dispone expresamente que la libre circulación es un derecho que los ciudadanos de la Unión podrán ejercer «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Dichas limitaciones se han formulado de forma ininterrumpida y en términos casi idénticos desde los orígenes de las Comunidades Europeas hasta el presente<sup>19</sup>. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el marco jurídico normativo lo conforman los artículos 20, 21.1, 45.3 y 52.1 y 62 del TFUE, así como el capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>20</sup>. Tanto el derecho primario como el secundario reiteran las restricciones clásicas por razones de orden público, seguridad y salud pública aplicables a la libre circulación de personas, a la de trabajadores, y a la libre prestación de servicios. En la misma línea, el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que como es notorio, goza del mismo valor jurídico que los Tratados, reco-

---

<sup>18</sup> Así lo afirman taxativamente, entre otras, las sentencias de 11 de abril de 2000, Kaba, C 356/98, *Rec. p. I* 2623, apartado 30; de 6 de marzo de 2003, Kaba, C 466/00, *Rec. p. I* 2219, apartado 46, y de 10 de abril de 2008, Comisión/Países Bajos, C 398/06, *Rec. p. I* 0000, apartado 27.

<sup>19</sup> En este sentido el tenor literal de los artículos 48, 56 y 66 del TCEE, así como 30.3, 39, 46 y 55 del TCE. HUBEAU, F., «L'exception d'ordre public et de la libre circulation des personnes en Droit communautaire», *Cahiers de Droit Européenne*, nº 1-2, 1981, pp. 243 y ss.

<sup>20</sup> *DO L* 229, de 29.6.2004, p. 35. Hay que recordar que con anterioridad la regulación de la libre circulación y residencia adolecía de un enfoque sectorial y fragmentario, como demuestra el hecho de que la Directiva 2004/38 viniera a derogar a una panoplia de normas, las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CE, la primera de las cuales data de 1968 y la última de 1993.

noce el derecho a la libre circulación y residencia a todos los ciudadanos de la Unión, que se ejercerá con las condiciones y límites vigentes en el Derecho de la Unión (artículo 52.2 de la CDFUE).

Estos límites normativos, pese a ser expresos y tasados, son también muy difusos, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación, *per se* compleja, se complica por la necesidad de acudir a los ordenamientos de los Estados miembros para conocer cuáles son los valores que amparan, si bien será el Derecho de la Unión el que en última instancia determine la admisibilidad, en términos materiales y procesales, de las valoraciones estatales<sup>21</sup>. Corresponde por tanto a las autoridades nacionales competentes la aplicación de tales limitaciones, previa definición de los intereses y valores sociales esenciales que tienen que ser protegidos. Sin embargo, la adecuación de las mismas al Derecho de la Unión Europea y la idoneidad de su interpretación está siempre y en cada caso sometida al control del TJUE<sup>22</sup>. El análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE nos permitirá conocer los nuevos desarrollos en la interpretación y aplicación de las limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud, aunque previamente consideramos necesario profundizar en el concepto y contenido de dichas limitaciones, así como en las garantías normativas exigidas para su aplicación.

#### 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICA

Aunque no existe un «*ius migrandi*» entendido como un derecho humano absoluto a la libre circulación internacional o entre Estados, el Derecho Internacional contemporáneo ha procedido al reconocimiento del derecho a la libre circulación interna, dentro de las fronteras de un Estado, como un dere-

---

<sup>21</sup> ELVIRA PERALES, A., «Libertad de circulación comunitaria y orden público en España», *Cuadernos de Derecho Público*, nº30, 2007, pp.35-52. El mismo artículo, con idéntico título y contenido, se publicó después en la *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, nº2, 2008, p. 525.

<sup>22</sup> En este sentido, existe una jurisprudencia constante y reiterada, en la que destacan, sin ánimo de exhaustividad, las sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, *Rec.* p. 1219, apartados 26 y 27; de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, C- 30/77, *Rec.* p. 1999, apartados 33 y 34; de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, C 54/99, *Rec.* p. I 1335, apartado 17, y de 14 de octubre de 2004, Omega, C 36/02, *Rec.* p. I 9609, apartados 30 y 31.

cho limitado, sujeto a razones de orden público, seguridad pública y salud públicas<sup>23</sup>. Como hemos anticipado, la excepción del orden público, la salud y la seguridad ha sido también objeto de recepción en los Tratados originarios y en sucesivas normas de derecho secundario. El problema estriba en que, a semejanza del Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea no define ninguno de estos conceptos, muy próximos entre sí pero diferentes y no intercambiables, cuya determinación se operará en cada caso por vía de la jurisprudencia del TJUE<sup>24</sup>. No obstante, en la Unión Europea al menos se precisa que no caben restricciones por razón de la moral pública, noción autónoma que no sería equiparable automáticamente al orden, la seguridad o la salud pública, y a la que se refiere el artículo 36 del TFUE<sup>25</sup>.

En términos generales, el orden público, históricamente considerado como «an unruly horse to ride<sup>26</sup>», se identifica con una convivencia social pacífica, que resultará perturbada cuando se constate el ataque a un bien jurídico protegido a consecuencia de la violación de un derecho o una libertad de los particulares, o cuando afecte negativamente el ejercicio de competencias pú-

---

<sup>23</sup> En concreto, por lo que se refiere a la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos, mientras que el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 alude exclusivamente a la libre circulación dentro de las fronteras interiores del Estado, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 reconoce no solo la libre circulación interna sino también la libre circulación entre Estados, matizando en su apartado 3 que tales derechos «no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

<sup>24</sup> RISTEA, O.E., «Free movement of EU citizens: limitations on grounds of public policy, public security and public health», *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol. 1, 2011, pp. 725-736.

<sup>25</sup> De hecho, en la UE se ha recurrido a la moral pública en relación con la imposición de restricciones al comercio internacional, como ha sucedido recientemente con la aprobación del Reglamento (UE) N° 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010, por el que se prohíbe la importación y la introducción en territorio comunitario de todos los productos derivados las focas, por la extrema crueldad de su caza. En la decisión del Grupo Especial de la OMC que dilucidó las demandas interpuestas por Canadá y Noruega contra estas medidas, se afirma que aunque la prohibición viola algunos artículos de acuerdos internacionales sobre comercio, responden a «preocupaciones morales de los ciudadanos de la UE sobre el bienestar de las focas».

<sup>26</sup> Expresión utilizada por el juez Burrough en 1824 en el asunto Richardson v. Mellish, recogida por el juez MANCINI, F., en *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays*, Hart Publishing, London, 2000, p. 213.

blicas regladas<sup>27</sup>. A nuestro entender, la definición de orden público en el ámbito del Derecho de la Unión Europea no está aún consolidada, por lo que puede calificarse de tentativa o emergente. De hecho, carece de especificidad propia, y continúa siendo una noción estatal bajo control del TJUE<sup>28</sup>, pese al avance que en este sentido ha supuesto la consagración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que se garantiza a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación, en consonancia con la CDFUE<sup>29</sup>.

Por su parte, la seguridad pública es un concepto ambivalente, puesto que comprende la seguridad y la defensa nacional y, por tanto, pretende salvaguardar la seguridad interna y externa, así como la integridad territorial y las instituciones estatales<sup>30</sup>. Lógicamente ello implica la necesidad de garantizar la supervivencia del Estado como tal y la de su población, sin olvidar la defensa frente a amenazas derivadas de las relaciones exteriores o el ataque a intereses militares<sup>31</sup>. Las similitudes entre orden y seguridad pública explican su solapamiento, y el hecho de que las autoridades nacionales tiendan a invocar ambos conceptos de manera conjunta, ya que, además, los dos deben interpretarse restrictivamente. La seguridad es complementaria del orden público y no puede entrañar medidas que deban estar cubiertas por éste. En este sentido, recientemente el TJUE ha afirmado que las restricciones a la libre circulación en ámbitos como la seguridad marítima y aérea en modo alguno justifican la adopción de medidas discriminatorias por razón de nacionalidad

---

<sup>27</sup> SUDRE, F., «L'ordre public européen», en REDOR, M.J., (dir.), *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001; PICAL, C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001; KESSEDIAN, C., «Public Order in European Law», *Erasmus Law Review*, vol. 1, nº 1, 2007, pp. 25-37.

<sup>28</sup> ÁLVAREZ ARTEAGA, M., «Orden público: unidad axiológica, espacio europeo», *Anuario de Derecho Europeo*, nº 3, 2003, pp. 15-45.

<sup>29</sup> GUZMÁN ZAPATER, M., «¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 1, 2001, pp. 1945-1970.

<sup>30</sup> En este sentido apuntan, entre otras, las sentencias de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C 273/97, *Rec. p. I* 7403, apartado 17; de 11 de enero de 2000, Kreil, C 285/98, *Rec. p. I* 69, apartado 17; de 13 de julio de 2000, Albore, C 423/98, *Rec. p. I* 5965, apartado 18, y de 11 de marzo de 2003, Dory, C 186/01, *Rec. p. I* 2479, apartado 32.

<sup>31</sup> Sobre este particular, las sentencias de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros, 72/83, *Rec. p. I* 2727, apartados 34 y 35; de 17 de octubre de 1995, Werner, C 70/94, *Rec. p. I* 3189, apartado 27; Albore, citada en nota anterior, apartado 22, y de 25 de octubre de 2001, Comisión/Grecia, C 398/98, *Rec. p. I* 7915, apartado 29.

o residencia en la regulación de cuestiones de orden puramente técnico como, por ejemplo, la obtención de títulos náuticos de recreo<sup>32</sup>.

A diferencia de los dos primeros, la salud pública presenta un contenido y unos perfiles más definidos y objetivables, al identificarse con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas lo que, como comprobaremos, no ha eliminado los problemas interpretativos.

A los efectos del presente artículo, el control de las tres limitaciones clásicas se ha suscitado en el marco de la aplicación de la citada Directiva 2004/38/CE, que distingue y gradúa dos restricciones a la libre circulación de personas y al derecho de entrada y de residencia de los ciudadanos europeos y sus familias.

Primera, las excepciones basadas en cualquiera de los tres conceptos, orden público, seguridad pública o salud públicas, serán apreciadas discrecionalmente por las autoridades nacionales pertinentes de conformidad con sus propias necesidades, que no son necesariamente comunes y que suelen variar con el tiempo, de una época a otra (arts. 27, 28 y 29)<sup>33</sup>.

Segunda, la posibilidad de que el orden y la seguridad públicas traigan aparejadas una decisión de expulsión del ciudadano de la Unión o de sus familiares del territorio del Estado miembro de acogida, sea o no el de su nacionalidad, como pena o medida accesorias (art. 33)<sup>34</sup>.

Con anterioridad a su codificación en la vigente Directiva 2004/38/CE había tenido lugar una reducción de la autonomía estatal en la apreciación de las citadas imitaciones merced a la jurisprudencia del TJUE, que se tradujo en la fijación de criterios y pautas de interpretación restrictivas, mediante los cuales se precisaba y dotaba de contenido a éstos conceptos jurídicos indeterminados. La evolución jurisprudencial confirma que la discrecionalidad estatal absoluta en la valoración de las limitaciones a la libre circulación, presente en las sentencias pioneras, pronto dio paso, a través de una rica casuística, a la elaboración de una suerte de lista abierta de las conductas y condiciones en las que podían operar dichas restricciones.

---

<sup>32</sup> Sentencia de 6 de febrero de 2014, *Navileme y Nautizende*, C-509/12, aún no publicada en la Rec., apartado 17.

<sup>33</sup> LINDAH, L.H., «Discretion and Public Policy: Timing the Unity and Diversity of Legal Orders», en PRECHAL, S., VAN ROERMUND, B., *The Coherence of EU Law: The Search for Unity and Divergent Concepts*, Oxford University Press, London, 2008, pp. 291-314.

<sup>34</sup> GORTAZAR ROTAECHE, C., «Unión Europea: la medida de expulsión como excepción al derecho de libre circulación de ciudadanos de la UE», *Fundación Alternativas, Memorando OPEX*, nº 149, 2010.

Esas pautas fueron compiladas en sucesivas normas de derecho derivado, transformándose así en dos tipos de requisitos normativos que las limitaciones en virtud del orden público, la seguridad y la salud han de satisfacer: garantías sustantivas o materiales, y garantías procedimentales o formales.

## 2. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS A LAS LIMITACIONES POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

En la determinación de las limitaciones al derecho a la libre circulación y residencia procede tomar en consideración tanto las normas sustantivas o materiales como las procedimentales o formales que condicionan el ejercicio por los Estados miembros de sus competencias en esta materia. Dichos requisitos normativos han sido desarrollados en el mencionado capítulo sexto de la Directiva 2004/38/CE (arts. 27 a 33). Del tenor literal y el contenido del extenso precepto dedicado a los principios generales (art. 27) se deducen, no sin cierta dificultad, ambos tipos de garantías, cuyo alcance ha sido posteriormente aclarado por la Comisión con motivo de la implementación de la citada Directiva<sup>35</sup>. En el apartado de las garantías sustantivas o materiales cabe incluir las siguientes:

En primer lugar, en ningún caso el orden público, la seguridad o la salud pública pueden ser invocados con fines económicos (art. 27.1).

En segundo lugar, las medidas restrictivas adoptadas deben ajustarse al principio de proporcionalidad (art. 27.2). La evaluación de la proporcionalidad se efectúa después de que se haya acordado la existencia de una amenaza. Su finalidad es comprobar que la limitación impuesta no exceda de lo necesario para lograr el fin perseguido, lo que comporta analizar el grado de peligro social que representa el destinatario de dicha medida, la naturaleza y frecuencia de las actividades delictivas, el tiempo transcurrido, y el comportamiento posterior de la persona en cuestión.

En tercer lugar, las restricciones a la libre circulación amparadas en estos tres conceptos deben estar fundadas exclusivamente en conductas personales e individuales, por lo que no serán admisibles medidas colectivas ni razones

---

<sup>35</sup> COM (2009), 313 Final. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» (Texto pertinente a efectos del EEE), Bruselas, 2.7.2009.

de prevención general, salvo en acontecimientos deportivos, cumbres internacionales etc. Las condenas penales previas no justifican por sí la adopción de tales medidas (art. 27.2). En este orden de cosas, aunque excede del objetivo del presente artículo, conviene recordar que idéntico límite opera en relación con la excepción del orden público en el marco del espacio Schengen, lo que explica que el Parlamento Europeo y la Comisión reaccionaran contra las expulsiones masivas de familiares de ciudadanos europeos de origen romaní ordenadas por las autoridades francesas en 2010, obligándoles a modificar la normativa interna al respecto<sup>36</sup>.

En cuarto lugar, tales conductas han de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida, cuya apreciación no pueden basarse solo en la valoración previa realizada por otro Estado miembro (art. 27.2.2)<sup>37</sup>.

Finalmente, los requisitos genéricos se completan con una protección reforzada frente a lo que se considera es una medida extrema limitativa de la libre circulación, como es la expulsión del territorio (art. 28). Así, cuando por razones de orden o seguridad públicas se dicte una orden en este sentido contra ciudadanos de la Unión o su familia, habrá que tomar en consideración su grado de integración en el Estado miembro de acogida. El nivel de integración se mide tanto mediante indicios objetivos (duración de la residencia previa, la edad, el estado de salud, la situación familiar y económica), como subjetivos (arraigo e importancia de los vínculos con su país de origen). En caso de que los ciudadanos de la UE acrediten una residencia previa mínima de diez años en el Estado miembro de acogida o sean menores de edad, no podrán ser expulsados, salvo que la decisión se base en «motivos imperiosos de seguridad pública» (art. 28.3).

Por lo que a las garantías formales o procedimentales se refiere, a diferencia de las sustantivas, están expresamente previstas y desarrolladas (arts. 30 a 33). Todas ellas desarrollan el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica la obligación de notificación de las decisiones limitativas (art. 30),

---

<sup>36</sup> Un análisis detallado de esta cuestión puede encontrarse en CARRERA, S., FAURE ATGER, A., «L'affaire des Roms: A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice», CEPS, 2010. SIGONA, N., «EU Citizenship, Roma Mobility and Anti-Gypsyism: Time for Reframing the Debate?», ANDERSON, B./KEITH, M., (eds.), *Migration: The COMPAS Anthology*, Oxford: COMPAS.

<sup>37</sup> Así lo indica la sentencia Rutili ya citada, apartado 28, además, entre otras, de la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C 482/01 y C 493/01, *Rec.* p. I 5257, apartado 66.

como condición previa a la interposición de los recursos administrativos o judiciales procedentes. Mediante dichos recursos se pretende verificar la legalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, a través de un juicio justo en el que el recurrente disponga de todas las medidas necesarias para su defensa (art. 31). En esta línea, la ejecución de las órdenes de expulsión no puede ser inmediata, ya que se exige el cumplimiento de determinados plazos temporales, de manera que no podrán materializarse antes de un mes a partir de la notificación, salvo casos urgentes debidamente justificados (art. 30.3). En parecidos términos, también cabe la revisión de la vigencia y efectos de las prohibiciones de entrada en el territorio de un Estado miembro, pudiendo solicitarse su levantamiento si existiera un cambio fundamental en las circunstancias o, en cualquier caso, una vez transcurridos tres años desde su ejecución (art. 32).

De todo lo anterior nos interesa poner de manifiesto dos consideraciones. Por una parte, que estas garantías sustantivas y procesales no están ordenadas jerárquicamente, sino que son acumulativas. Y por la otra, que la interpretación de las limitaciones por razón del orden público, la salud o la seguridad pública y las garantías exigibles para su aplicación están en constante revisión<sup>38</sup>, como acreditan los desarrollos novedosos que a continuación se exponen.

### III. DESARROLLOS NOVEDOSOS EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

Tal y como hemos anticipado, la revisión de la jurisprudencia más reciente del TJUE relativa a la libre circulación como un derecho de ciudadanía revela algunos desarrollos novedosos, surgidos en el contexto de la crisis económica, pero cuyo alcance pudiera ir más allá de esta situación coyuntural. Tales desarrollos conciernen tanto a modificaciones en el ámbito personal y material del derecho a la libre circulación como, sobre todo, a la aparición de un vínculo inédito entre los límites clásicos por orden público y la salud pública y nuevas restricciones a la libre circulación por motivos económicos.

---

<sup>38</sup> CHIDO, C.J., «Peril of Movement: Migrating Roma Risk Expulsion as EU Member States Test the Limits of the Free Movement Directive», *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 20, nº 1, 2011, pp. 233 y ss.

## 1. MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO PERSONAL Y MATERIAL DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

Ya ha quedado de manifiesto que la libre circulación y residencia es uno de los pilares sobre los que se ha erigido la construcción europea desde su etapa fundacional, en el que se concebía desde una perspectiva puramente economicista, hasta su consagración como un derecho fundamental en el marco de la ciudadanía de la Unión. Aunque a priori los titulares del derecho a la libre circulación y residencia son los ciudadanos de la Unión y asimilados<sup>39</sup>, con exclusión de los nacionales de terceros Estados, hemos adelantado que se ha operado una ampliación de la categoría de beneficiarios originarios.

Por una parte, sucesivas normas de derecho secundario, avaladas por la jurisprudencia del TJUE, han extendido este derecho a los familiares de los ciudadanos de la Unión. Por otra parte, tras la adopción de la CDFUE, se ha reconocido de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro<sup>40</sup>. La atribución del derecho a la libre circulación a ambas categorías de beneficiarios sobrevenidos implica que todos ellos están sometidos a las mismas medidas limitativas en virtud del orden público, la seguridad o la salud públicas que rigen para los titulares originarios. Por consiguiente, el ámbito de personas potencialmente sujetas a limitaciones del derecho a la libre circulación comprendería, en términos absolutos y sin excepción alguna, a todos los ciudadanos de la Unión, a sus familiares y a los extranjeros residentes regulares.

Sin embargo, esta aseveración ha de ser matizada a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2012<sup>41</sup>. Esta es una decisión significativa, entre otras razones<sup>42</sup>, porque plantea un problema novedoso, que

---

<sup>39</sup> Como es sabido, por tales se entienden con carácter general y sin necesidad de precisiones añadidas, los nacionales de países miembros del Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza.

<sup>40</sup> Teleológicamente, mientras que la razón de ser de la primera ampliación del derecho a la libre circulación reside en el respeto a la vida familiar de los ciudadanos europeos, la segunda se fundamenta en la voluntad declarada de facilitar la integración de los extranjeros en situación regular (art. 79.4 TFUE). IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las directivas de la UE en materia de inmigración*, ed. Reus, Madrid, 2010.

<sup>41</sup> Sentencia de 16 de octubre de 2012, Hungría/ Eslovaquia, C-364/10, *Rec.* p.I-000.

<sup>42</sup> Se trata de un pronunciamiento relevante por su excepcionalidad, ya que en contadas ocasiones los Estados miembros hacen uso de la facultad de interponer un recurso

hasta ese momento ni siquiera se había vislumbrado, acerca de si todos los ciudadanos de la Unión están sujetos a la aplicación del artículo 21 del TFUE y la Directiva 2004/38/CE o si, por el contrario, existe alguna excepción por causa del cargo oficial o la función pública ejercida.

El caso tiene su origen en el recurso presentado por Hungría contra Eslovaquia por la presunta violación del derecho a la libre circulación de uno de sus nacionales, quien a su condición de nacional húngaro, y en consecuencia ciudadano de la Unión, sumaba la de Jefe del Estado en activo. Se trataba por tanto de una persona internacionalmente protegida, con un estatuto jurídico internacional especial en materia de privilegios e inmunidades, condición que, en opinión de la parte demandante, en nada alteraba el contenido, alcance y condiciones de su derecho a la libre circulación. Sin embargo, a juicio del TJUE precisamente el cargo de Jefe de Estado en activo que el interesado desempeñaba es el elemento que lo diferencia de los demás ciudadanos de la Unión, siendo incluso irrelevante que pretendiera ejercer el mismo y desplazarse para visitar Eslovaquia como particular, o que tal visita tuviera un carácter oficial. Para el TJUE, la condición de Jefe de Estado supone un rasgo fundamental que lo distingue de sus compatriotas y del resto de nacionales de los demás Estados miembros, y que comporta que el ejercicio de su derecho a la libre circulación no esté sujeto a las mismas condiciones aplicables a los restantes ciudadanos de la Unión.

De hecho, el TJUE entiende que en este caso en concreto ni el artículo 21 del TFUE ni la Directiva 2004/38/CE exigen que se garantice la libre circulación del presidente de Hungría, precisamente por el cargo que ocupa. Llevando este argumento hasta sus últimas consecuencias, tampoco entonces tendrían porque aplicárseles de manera automática las restricciones por razón de orden público, salud y seguridad pública vigentes en las demás categorías de beneficiarios, puesto que en este supuesto el estatuto personal de ciudadanía europea, regido por el Derecho de la Unión, habría experimentado una limitación de naturaleza funcional, derivada la condición de Jefe de Estado, que se rige por el Derecho Internacional Público.

---

por incumplimiento (art. 259 del TFUE), y también porque aborda la cuestión recurrente de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión desde una óptica original. Un análisis exhaustivo de la misma en SALAMANCA AGUADO, M. E., «La restricción a la libre circulación del Jefe de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012, en el asunto Hungría c. República Eslovaca (C-364/10)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013.

Reconociendo la complejidad del asunto, y la habilidad del TJUE para afirmar su propia competencia y aplicar el Derecho de la Unión Europea, a la par que acepta la competencia exclusiva de los Estados miembros sobre las relaciones diplomáticas, en nuestra opinión el TJUE no rebate con la solidez deseada una de las alegaciones formuladas por Hungría que afectan a la raíz del caso, a saber: que la libre circulación es un derecho de todos los ciudadanos europeos, incluidos los Jefes de Estado, por lo que no pueden admitirse límites adicionales a los legalmente previstos. Además, tales límites deben siempre interpretarse restrictivamente, y aplicarse solo previo cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma enunciados en la citada Directiva. No obstante, como se ha señalado acertadamente, la razón última por la cual el TJUE admite limitar el derecho a la libre circulación en virtud del Derecho Internacional más allá de lo previsto en el derecho derivado no es tanto fruto de una interpretación de la Directiva 2004/38/CE como del carácter disuasorio que persigue la sentencia, cuya finalidad última es evitar que los Estados miembros recurran al recurso por incumplimiento para resolver problemas de índole política<sup>43</sup>. Sin embargo, al margen de la especificidad del caso concreto, una ampliación de los límites a la libre circulación *extra* o *contra legem* supondría abrir la caja de pandora, favoreciendo la aparición de nuevas restricciones a la libertad de circulación que nada tienen que ver con el Derecho Internacional, sino que persiguen fines políticos y/o económicos. Sea como fuere, el alcance de este pronunciamiento está por determinar, puesto que junto a los Jefes de Estado hay otras categorías de ciudadanos de la Unión que, al ejercer determinadas funciones regidas por el Derecho Internacional, tales como los Jefes de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores, o agentes del Estado en sentido amplio, también podrían ver limitado el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Respecto al ámbito de aplicación material, las limitaciones a la libre circulación pueden afectar a todas y cada una de las manifestaciones de este derecho, de manera que, como la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de señalar<sup>44</sup>, cabe

---

<sup>43</sup> Esta es la tesis de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Ciudadano o Presidente? El caso Hungría c. República Eslovaca o el uso político del recurso por incumplimiento; análisis de la STJUE de 16 de octubre de 2012 (asunto C-364/10)», *La Ley Unión Europea*, nº 1, febrero 2013, pp. 5-11, quien considera que, puesto que el TJUE acaba reconociendo que la Directiva 38/2004/CE no es aplicable al caso, las disquisiciones sobre si su errónea invocación constituye o no un abuso de derecho resultan superfluas y en nada favorecen la claridad y coherencia de la sentencia.

<sup>44</sup> Sobre este particular resulta clave la ya citada sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75.

la adopción de una amplia lista de medidas restrictivas, entre las que destacan la prohibición absoluta o parcial del derecho de libre salida y entrada en el territorio del Estado de origen; la prohibición o restricción de la libre entrada y residencia en el Estado de acogida; la expulsión del Estado de acogida y consiguiente repatriación al Estado de origen, o cualquier otra que, pese a no estar expresamente prevista, pueda desprenderse del derecho fundamental a la libre circulación. Conviene recordar que la totalidad de estas medidas deberán respetar las garantías sustantivas y procedimentales previstas en el Derecho de la Unión Europea analizadas en los epígrafes anteriores.

## 2. LA POSIBLE VINCULACIÓN ENTRE LAS LIMITACIONES TRADICIONALES Y LAS NUEVAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR MOTIVOS ECONÓMICOS

Tal y como ya hemos afirmado, en el derecho derivado existe una prohibición expresa de que las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública o salud pública sean adoptadas con fines económicos (art. 27 de la Directiva 38/2004/CE), cualquiera que sea la coyuntura o situación financiera en la que se encuentren la Unión Europea y sus Estados miembros.

Sin embargo, la taxatividad de la norma no ha impedido que el TJUE haya admitido en la sentencia de 17 de noviembre de 2011<sup>45</sup>, la validez de una medida restrictiva de la libre circulación consistente en la prohibición de salir del propio país impuesta a un ciudadano de la Unión por el impago de una deuda fiscal por valor de 22.000 euros, correspondiente al impuesto del valor añadido y los derechos de aduana de la sociedad de la cual era uno de los gerentes. El razonamiento del TJUE es que el incumplimiento de los deberes tributarios puede ser contrario al orden público, y que además dicha medida no persigue directamente un fin económico, puesto que obedece a consideraciones macroeconómicas y sociales a gran escala. Al objeto de reforzar la compatibilidad de su posición con el tenor literal de la Directiva 38/2004/CE, el TJUE matiza la necesidad de verificar en cada caso que la morosidad fiscal no sea la única causa de tal limitación, mediante una apreciación específica que demuestre que el comportamiento personal del afectado constituye una amenaza real para el orden público. Exige también que la medida adop-

---

<sup>45</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Aladzhov, C-434/10, *Rec. p.* I-1165, apartados 16 y 17.

tada resulte proporcional y apropiada para la consecución del objetivo perseguido, que se entiende no es otro que saldar la deuda contraída con el fisco.

En nuestra opinión, aunque el TJUE había reconocido con anterioridad la posibilidad de que los Estados miembros adoptaran medidas restrictivas de los derechos y libertades básicas, tales como el libre establecimiento o la libre prestación de servicios, en aras de la lucha contra el fraude fiscal y la protección de su erario público<sup>46</sup>, la citada sentencia podría suponer un punto de inflexión, puesto que de la misma se infiere el establecimiento de un vínculo indirecto entre el orden público y la facultad legal de imponer restricciones a la libre circulación por fines económicos contemplada en la propia Directiva 38/2004/CE. Si bien es cierto que en el caso citado el TJUE considera compatible con el Derecho de la Unión una medida concreta limitativa de la libre circulación, como es la prohibición de salida del territorio nacional en aras de la protección del erario público, procede señalar que este mismo argumento, a saber, que el orden público ampara restricciones a la libre circulación para garantizar los ingresos presupuestarios de los Estados miembros, suele utilizarse también en la adopción de otras medidas limitativas, tales como la revocación de los permisos de residencia y la subsiguiente expulsión, dictadas contra ciudadanos de la Unión que, por no ser autosuficientes y depender para su subsistencia de los servicios sociales, suponen un coste añadido para los sistemas sociales y el erario público de los Estados miembros de acogida (art. 7, en relación con el 14)<sup>47</sup>.

Sin perjuicio de que volvamos sobre esta cuestión, nuestra hipótesis es que al avalar que el Derecho de la Unión permita a las autoridades nacionales restringir la libre circulación de sus propios nacionales por el impago de deudas fiscales, podría interpretarse que el TJUE está evidenciando cierta permisividad en relación a la aplicación de límites a la libre circulación por motivos económicos relacionados con la salvaguarda del orden público. De ser así, en nada contribuiría a frenar la tendencia de un buen número de Es-

---

<sup>46</sup> En concreto en la Sentencia de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica, C-433/04, *Rec. p.* I-10653, apartados 34 y 35, se afirma que una normativa nacional que restrinja la libre prestación de servicios puede estar justificada si responde a razones imperiosas de interés nacional como el fraude fiscal, pero matizando que «una presunción general de evasión o fraude fiscal no puede bastar para justificar una medida que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado».

<sup>47</sup> WOLLENSCHLÄGER, F., «A new fundamental freedom beyond market integration: Union citizenship and its dynamics for shifting the economic paradigm of European integration», *European Law Journal*, vol. 17, nº 1, 2011, pp. 1-34.

tados miembros (Reino Unido, Bélgica, Alemania, España) que, al socaire de la crisis y amparados teóricamente en la letra, que no en el espíritu de la a Directiva 3004/38/CE, han adoptado una batería de medidas internas para expulsar a los ciudadanos de la Unión que supongan una «carga excesiva» para sus sistemas sociales. En esta situación en principio se encontrarían los desempleados que perciben de forma habitual ayudas sociales provenientes del presupuesto del Estado de acogida<sup>48</sup>.

El paralelismo resulta inevitable. Si las deudas fiscales pueden ser causa suficiente para limitar la libre circulación en virtud del orden público, cuanto más la inviabilidad o la quiebra del estado del bienestar constituirían una amenaza real para el orden y la seguridad pública, que justificarían la adopción de medidas contra quienes, por muy ciudadanos de la Unión que sean, aparecen como causantes o coadyuvantes de dicha situación. Y todo ello, sin necesidad siquiera de recurrir a las cláusulas de salvaguarda económica previstas en la Directiva 2004/30/CE<sup>49</sup>.

Dicho en otras palabras, en situaciones de crisis económica y social como la que padecemos, resulta muy tentador el recurso al orden y la seguridad pública como una vía alternativa o cumulativa para la adopción de medidas restrictivas de la libre circulación de aquellos ciudadanos de la Unión que no son económicamente autosuficientes y se hallan en una situación de precariedad<sup>50</sup>. Cuestión distinta sería cómo explicar la proporcionalidad de tales medidas, puesto que existe una asimetría notoria entre el perjuicio irreparable que se causa al ciudadano expulsado en relación con el coste monetario que su presencia conlleva para las arcas públicas del Estado miembro de acogida<sup>51</sup>.

Por esta razón el TJUE insiste en la necesidad de verificar en cada caso que las medidas limitativas de la libre circulación observen las garantías nor-

---

<sup>48</sup> GUIBBONI, S., «A Certain Degree of Solidarity? Free movement of persons and access to social protection in the case law of the European Court of Justice», en ROSS, M./BORGMANN-PREBIL, Y., *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, London, 2010, pp. 170 y ss.

<sup>49</sup> SANGIOVANNI, A., «Solidarity in the EU», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, pp. 1- 129, en particular p. 13.

<sup>50</sup> SHUIBHNYE, N., MACI, M., «Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law», *Common Market Law Review*, vol. 504, 2013, pp. 965-1005.

<sup>51</sup> LABAYLE, H., «Le chaînon manquant: quand la Cour de justice établit le lien entre citoyenneté de l'Union, sécurité publique et Espace de liberté», *Réseau Universitaire Européen dédié à l'étude de Droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)*, 28 mai 2012.

mativas exigidas (que la amenaza al orden público sea real, actual y suficientemente grave por afectar a un interés fundamental de la sociedad, y que el objetivo pretendido no obedezca sólo a fines económicos), aunque recuerda que esta labor corresponde al juez nacional. A ellos les incumbe también comprobar si existen otras medidas alternativas que pudieran resultar eficaces para conseguir el objetivo pretendido, en este caso el cobro de la deuda, sin lesionar la libertad de circulación<sup>52</sup>.

Pese a este recordatorio, las garantías sustantivas y procedimentales no siempre suponen una barrera protectora eficaz en determinados supuestos en los que la expulsión de los ciudadanos de la Unión encubre una finalidad económica, debido a los procedimientos administrativos que se aplican a nivel interno. Así, cualquier decisión restrictiva de la libre circulación por razón de orden público, salud o seguridad públicas tiene que notificarse al interesado, indicando con precisión y por extenso, las razones por las que se adopta, incluyendo su proporcionalidad, a fin de facilitar la interposición de los recursos que en cada caso procedan (art. 30.2). En particular, las órdenes de expulsión no son automáticas por lo que, al recibir la correspondiente notificación, el interesado podrá oponerse. A diferencia de lo que sucede con los nacionales de terceros países, teóricamente el Estado miembro de acogida no puede obligar por la fuerza al ciudadano de la Unión a abandonar su territorio, ni privarle de libertad, pero se ha constatado que en países como Bélgica la práctica habitual consiste en que, desde el momento que se cursa la orden de expulsión, se les elimina de los registros oficiales<sup>53</sup>. Esto supone de facto su exclusión social y muerte administrativa, si es que el ciudadano

---

<sup>52</sup> Apartado 47 de la sentencia de 17 de noviembre de 2011, C-434/10, citada al completo en su versión oficial en la nota 44.

<sup>53</sup> En 2011 en Bélgica se constituyó un gobierno de coalición que procedió a unificar los Ministerios de Integración social y de Inmigración, lo que trajo aparejado la fusión de las bases de datos de los receptores de servicios sociales y de empleo. De esa manera, por primera vez era posible comprobar el número de veces que un ciudadano europeo hubiera recurrido a los servicios sociales y de desempleo, al objeto de asegurarse que dispone en todo momento de los ingresos mínimos necesarios para no ser considerado una carga para el sistema. En caso contrario, se procede a dictar la correspondiente orden de expulsión y el funcionario de turno del cuerpo especial a nivel federal creado a propósito para controlar la inmigración, registra la orden en la base de datos nacional para que el afectado sea eliminado de los censos oficiales, no pueda disponer de cuentas corrientes ni acceder a las mutuas de salud etc., expulsándolo del sistema. A este propósito, la información publicada en el Diario *El País*: «Así se expulsa a un ciudadano europeo de la UE», 12.1.2014.

europeo persiste en pretender ejercer su derecho fundamental y no se aviene a retornar a su país de origen o a trasladarse a otro Estado miembro.

En paralelo a esta tendencia restrictiva, de limitaciones a la libre circulación y residencia y subsiguiente expulsión de los ciudadanos de la Unión dependientes socioeconómicos o en precario, a quienes incluso ya hemos avanzado se les ha llegado a calificar de «inmigrantes de otros Estados miembros»<sup>54</sup>, se está generalizando un fenómeno opuesto, de atracción de nacionales de terceros países con economías emergentes como China o Rusia, con un alto poder adquisitivo e inversor, a quienes un numeroso grupo de Estados miembros (Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España), están facilitando la concesión del permiso de residencia a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana<sup>55</sup> («cash-for-citizenship»). Otros socios, como Malta, han ido más allá, aprobando modificaciones legales al objeto de proceder directamente a la venta del pasaporte que les provee de su

---

<sup>54</sup> Expresión textual utilizada en la Carta Conjunta remitida por cuatro ministros representantes de Austria, Alemania, Países Bajos y Reino Unido a la Presidencia irlandesa de turno del Consejo Europeo en abril de 2013, disponible en [http://docs.dpaq.de/3604-130415\\_letter\\_to\\_presidency\\_final\\_1\\_2.pdf](http://docs.dpaq.de/3604-130415_letter_to_presidency_final_1_2.pdf). En esta misma línea, KOSTAKOPOULOU, D., «When EU Citizens become Foreigners», *European Law Journal*, vol, 20, nº 4, 2014, pp. 447-463.

<sup>55</sup> Portugal puso en marcha en octubre de 2012 un programa llamado «Golden Residence» que otorga permisos de residencia a los extranjeros que inviertan medio millón de euros. Grecia desde abril de 2013 facilita la residencia a quienes compren propiedades por valor de 250.000 euros, cifra que Chipre eleva a 3000.000. Bulgaria aprobó en febrero de 2013 una modificación legal que permite acceder a la nacionalidad a quienes, habiendo residido de forma permanente durante un año, inviertan 510.000 euros en propiedades inmobiliarias, constituyan una empresa que cree 10 puestos de trabajo o se establezca en alguna de las regiones subdesarrolladas del país. Hungría desarrolló desde finales de 2012 un programa para facilitar la nacionalidad a los inversores, fundamentalmente asiáticos, que inyecten en su economía una inversión mínima de 250.000 euros. Al respecto, GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents?». *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013; DZANKINK, J., «The pros and cons of Iuspecuniae: Investor citizenship in comparative perspective», *EUI Working Paper RSCAS*; 2012/14; EUDO Citizenship Observatory SHAHAR, A./BAUBOCK, R., (eds.), «Should citizenship be for sale?», *EUI Working Paper RSCAS* 2014/01, Robert Shuman Center for Advances Estudios. EUDO Citizenship Observatory, pp. 1-15; así como CARRERA NÚÑEZ, S.; MARRERO GONZÁLEZ, G., «La ciudadanía Europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?», en este mismo número de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*.

nacionalidad, y por ende de la ciudadanía de la Unión, previo pago de una cantidad que en este caso concreto se cifra en 650.000 euros. A los extranjeros interesados en dicha compra se les exige carecer de antecedentes penales, pero no se investiga la procedencia de su fortuna, con el riesgo potencial para el orden y la seguridad pública que ello puede conllevar<sup>56</sup>.

Por lo que a la práctica española se refiere, transcurridos ocho meses desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013, se han concedido 81 visados de residencia, la mitad de ellos a inversores rusos y chinos, de los que solo 3 corresponden a proyectos empresariales generadores de empleo, lo que no concuerda con el objetivo inicialmente previsto, que era facilitar la inversión productiva y el talento<sup>57</sup>. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, un atajo para acceder primero a la residencia, a la nacionalidad a continuación y, como colofón, a la ciudadanía de la Unión. La conjunción simultánea de ambas tenden-

---

<sup>56</sup> Malta aprobó el 12 de noviembre de 2013 un proyecto de ley que modifica la Ley de Ciudadanía de Malta a través del «Programa Inversionista Individual» (PII) (L.N.450 of 2013), que permite a los extranjeros mayores de 18 años sin antecedentes penales comprar el pasaporte, previo pago de una 650.000 euros en forma de donación a la que se añade la obligación de comprar inmuebles en la isla o al menos hacer alguna inversión. Con ello el gobierno maltés calculó recaudar unos 30 millones de euros en 2014. CARRERA, S., «How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?», *CEPS Liberty and Security in Europe*, nº 64, 2014, pp. 1-51.

<sup>57</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013, pp. 78787 a 78882. Sección 2ª (Movilidad internacional), art. 61 y ss. De conformidad con el Preámbulo, el objetivo de esta sección «es la de regular «determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intra-empresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges e hijos mayores, a través de un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional». En nuestro país los extranjeros deben comprar propiedades inmobiliarias por valor de al menos medio millón de euros o invertir un millón de euros en empresas españolas, depositar esa suma en bancos españoles o comprar dos millones de euros en deuda soberana española. La propia norma dispone unos mínimos controles previos para verificar la procedencia del dinero, efectuados por los consulados en el país de origen y que consisten en comprobar, en el plazo de una semana, si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad.

cias, de contracción y expansión, dificultando la permanencia de los ciudadanos europeos en precario en los Estados miembros de acogida, a la par que se estimula la adquisición de la residencia por inversores de terceros países, apuntaría hacia lo que en términos muy complacientes puede considerarse una flexibilización extrema de las condiciones de acceso y disfrute del derecho a la libre circulación que la ciudadanía trae aparejado. A nuestro juicio sin embargo, aunque el régimen de libre circulación del que disfrutaban los nacionales de terceros Estados no es equiparable al de los ciudadanos de la UE, las prácticas estatales de venta de la nacionalidad referidas suponen una desnaturalización de la ciudadanía, y la mercantilización de una institución jurídica cuya vocación confesa es convertirse en el estatuto fundamental de todos los nacionales de los Estados miembros<sup>58</sup>.

A este propósito, si bien la aseveración de que los requisitos para la adquisición de la nacionalidad es competencia exclusiva de cada Estado miembro se mantiene indubitada<sup>59</sup>, el Parlamento Europeo debatió el 14 de enero de 2014 la iniciativa maltesa y adoptó, el 16 de enero, una «Resolución sobre la ciudadanía de la UE en venta»<sup>60</sup> en la que afirma sin ambages que estas prácticas socavan el mismo concepto de ciudadanía europea, y que los derechos que el estatuto de ciudadanía de la Unión se basan en los valores y logros comunes de la Unión y en la dignidad humana y no deben por tanto

---

<sup>58</sup>Afirmación textual en forma de mantra repetido hasta la saciedad en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, las sentencias: de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, *Rec. p. I-6193*, apartado 31; de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, *Rec. p. I-7091*, apartado 82; de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, *Rec. p. I-11613*, apartado 21; y de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C-135/08, *Rec. p. I- 01449*, apartado 43. A propósito de la improcedencia de poner a la venta la ciudadanía, al igual que otros bienes jurídicos, las reflexiones de SANDER, M. J., *Lo que el dinero no puede comprar*, ed. Debate, 2013.

<sup>59</sup> En este sentido la famosa sentencia pionera de 7 de julio de 1992, Micheletti, C-369/90, *Rec. I-04239*, confirmada luego en una vasta jurisprudencia, entre la que destaca las sentencias: de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C-135/08, *Rec. p. I- 01449*, apartado 39; de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, *Rec. p. I-11613*, apartado 21; de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, *Rec. p. I-9925*, apartado 20; y de 8 de marzo de 2011, en el no menos famoso asunto Ruiz Zambrano, C-34/09, *Rec. p. I-01177*, apartado 40.

<sup>60</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta; 2013/2995 (RSP). Es cuanto menos curioso que el PE manifieste su preocupación por el destino de los programas de inversión, rechazando su utilización para fines delictivos «incluidas las cuestiones de blanqueo de dinero», pero sin aludir, como hubiera sido lo lógico, también a su procedencia.

comprarse o venderse a ningún precio. Días después, el 29 de enero, se publicó un comunicado de prensa conjunto en el que la Comisión Europea y las autoridades de Malta anunciaban la decisión del gobierno de este país de modificar su legislación, al objeto de garantizar la efectividad de la residencia como condición previa para la naturalización<sup>61</sup>.

En este mismo orden de cosas, la rapidez y contundencia mostrada por las Instituciones Europeas contrasta con la posición que vienen manteniendo respecto a las medidas estatales contrarias a la previsión legal expresa de que la insuficiencia económica y la dependencia de las ayudas sociales no debe implicar de forma automática la expulsión del ciudadano de la Unión o de sus familiares del Estado miembro de acogida (art.14.3 de la Directiva 2004/38/CE). Aunque excede de nuestro objeto de estudio, hay que reseñar que en estos casos la reacción institucional está siendo muy tibia, lo que contrasta poderosamente con la posición crítica otrora adoptada por el TJUE respecto a la necesidad de preservar la solidaridad entre los Estados miembros en el sostenimiento de los ciudadanos de la Unión más necesitados o en riesgo de exclusión<sup>62</sup>. De hecho, la Comisión Europea se ha limitado a contemporizar, recordando la importancia del derecho fundamental a la libre circulación, para a renglón seguido publicar, el 13 de enero de 2014, una «Guía práctica sobre la prueba de residencia habitual a efectos de seguridad social» que pretende evitar los abusos que el ejercicio de la libre circulación puede comportar para los sistemas sociales de los Estados de acogida<sup>63</sup>. Con ello se implementa una de las cinco medidas prevista para «ayudar a las autoridades

---

<sup>61</sup> «Joint Press Statement by the European Commission and the Maltese Authorities on Malta's Individual Investor Programme (IIP)», [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-70\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-70_en.htm). En la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., «El precio de la ciudadanía española y europea», Real Instituto Elcano, *ARI* 22/2013.

<sup>62</sup> Sobre este particular, y a título de ejemplo en la doctrina española: SUÁREZ CORUJO, B., DE LA QUADRA-SALCEDO JANIN, T., «Libre circulación de personas y ciudadanía social: ¿cabe imponer barreras al turismo social?», *Estudios de Progreso*. Fundación Alternativas, 2009; ORTEGA GIMÉNEZ, A., «España: el nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y «asimilados», *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 13, 2012, pp. 87-107, 2012. CAICEDO CAMACHO, N., «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los estados?», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 19, 2014, pp. 96-143.

<sup>63</sup> *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*; diciembre de 2013. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=868>.

nacionales y locales a aplicar efectivamente las normas sobre libre circulación de la UE y a utilizar sobre el terreno los fondos disponibles»<sup>64</sup>.

### 3. LIMITACIONES POR SALUD PÚBLICA Y FINES ECONÓMICOS

Ya ha quedado de manifiesto que, a diferencia del orden y la seguridad pública, el concepto de salud pública presenta un contenido y unos perfiles más definidos. De hecho, se identifica con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas, entendiéndose por tales las previstas en los instrumentos jurídicos de la Organización Mundial de la Salud, además de aquellas otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas. Respecto a todas ellas, el principio de no discriminación obliga a que cualquier disposición para su prevención o protección deba aplicarse también a los propios nacionales<sup>65</sup>.

En la actualidad, de la lista de enfermedades que según la OMS pueden justificar por su potencial epidémico la adopción de medidas restrictivas de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, la más significativa, por tratarse de una pandemia mundial, es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). La mera condición de ser portador del VIH, con independencia de que se haya desarrollado o no la enfermedad, supone un recorte sustancial del derecho a la libre circulación a nivel mundial<sup>66</sup>. De

---

<sup>64</sup> COM (2013) 837 final. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», 25.11.2013. Las cinco medidas se referían a: 1) Ayuda a los Estados miembros a luchar contra los matrimonios de conveniencia; 2) Ayuda a las autoridades para aplicar las normas de la UE relativas a la coordinación de la seguridad social; 3) Ayuda a las autoridades para responder a los retos de la inclusión social; 4) Respuesta a las necesidades de las autoridades locales en materia de fomento del intercambio de buenas prácticas; 5) Ayuda a las autoridades locales para la aplicación sobre el terreno de las normas de la UE relativas a la libre circulación.

<sup>65</sup> Las enfermedades que contempla el Reglamento Sanitario Internacional Revisado de la OMS, adoptado en 2005 y en vigor desde 2007, son las siguientes: gripe, poliomielitis, síndrome respiratorio agudo severo, varicela, cólera y otras enfermedades diarreicas epidémicas, meningitis, peste, fiebres hemorrágicas, fiebre amarilla, carbunco, resistencia antimicrobiana, dengue, VIH/SIDA, paludismo, sarampión, tuberculosis y zoonosis.

<sup>66</sup> Véase el Informe publicado en mayo de 2010 por UNAIDS, (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS), *Mapping of Restrictions on the entry, stay and residence of people living with HIV*; [http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/report/2009/jc1727\\_mapping\\_en.pdf](http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/report/2009/jc1727_mapping_en.pdf).

hecho, más de 52 Estados, 7 de ellos miembros del Consejo de Europa, imponen restricciones legales a la entrada de personas portadoras de VIH.

Por lo que a la UE se refiere, la legislación es más ambigua, aunque Lituania impone la obligación genérica de declarar cualquier enfermedad que pueda suponer una amenaza para la salud pública, incluyendo el SIDA, mientras que Chipre y Eslovaquia exigen expresamente que los solicitantes de permisos de residencia de larga duración prueben estar libres de esta enfermedad. Desde una óptica estrictamente científica, la eficacia de tales medidas es cuestionable porque por una parte, a diferencia de otras enfermedades altamente contagiosas como la gripe aviar, el VIH no se transmite por el aire ni por el simple contacto personal, y, por la otra, porque paradójica e incomprensiblemente tales limitaciones no se aplican en el retorno de los propios nacionales ni a los viajes turísticos de corta duración. Por estas razones, el Parlamento Europeo solicitó sin éxito en 2008 a los Estados miembros que eliminaran todas las restricciones a la libre circulación de las personas con VIH<sup>67</sup>.

Además, de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, cualquier orden de expulsión por razones de salud pública está sometida a una cautela temporal, puesto que no podrán adoptarse si las enfermedades citadas cursan en los tres meses siguientes a la entrada del interesado en el Estado miembro de acogida (art. 29.2). En la misma línea, la práctica estatal de efectuar controles médicos a los potenciales beneficiarios del derecho de residencia queda sometida a la condición de que los chequeos se efectúen dentro de los tres meses siguientes a la entrada en el país, sean gratuitos, y no tengan carácter sistemático (art. 29.3). Por consiguiente, cualquier medida restrictiva que afecte a los beneficiarios del derecho a la libre circulación seropositivos debe cumplir las garantías sustantivas y procesales especificadas. En este sentido, el TJUE ha afirmado sin ambages que los motivos de salud no pueden invocarse de forma torticera para «dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista del acceso al empleo, fuera del ámbito de aplicación de los principios de la libre circulación»<sup>68</sup>. También ha rechazado de forma constante las discriminaciones en el acceso a las prestaciones sanitarias entre nacionales y ciudadanos de la UE basadas solo en la salvaguarda de la financiación del sistema de Seguridad Social del Estado de acogida o en la salud pública<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2008, sobre el VIH/sida: «Diagnóstico y tratamiento precoces», *DO C* 16 E, de 22.1.2010, p. 62-64, párrafo 7.

<sup>68</sup> Sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül, C-131/85, *Rec.* p. I- 1589, apartado 17.

<sup>69</sup> Sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96, *Rec.* p. I-1931, apartado 41.

El problema estriba en que en este caso, a la estigmatización crónica que padecen los portadores del VIH hay que añadir, en un contexto de crisis económica y de recortes sanitarios, el argumento coyuntural de la racionalidad y del control del gasto público. Este argumento favorece sin duda que se tienda a prohibir la entrada y/o a expulsar a cualquier extranjero que, a causa de su estado de salud, suponga potencialmente una carga excesiva para el Estado de acogida<sup>70</sup>, soslayando que, incluso el hipotético caso de que tales consideraciones económicas fueran conforme a derecho, deberían aplicarse al sinfín de enfermedades que demandan un tratamiento de larga duración y elevado coste.

Por el contrario, el TEDH, reforzando la idea expresada por el PE de que lo que hay que combatir es el VIH y no a los portadores de VIH<sup>71</sup>, ha afirmado en su sentencia de 10 de marzo de 2011 que la mera presencia en el Estado de acogida de un portador del VIH no supone en sí mismo una amenaza a la salud pública<sup>72</sup>. Así pues, las restricciones a la libre circulación adoptadas en virtud de esta excepción no avalan la adopción de medidas colectivas ni de prevención general y deberán, al igual que sucede respecto al orden y la seguridad pública, estar fundadas solo en conductas personales e individuales.

El ejemplo del VIH pone de manifiesto que, en consonancia con las restricciones en el acceso a las prestaciones sanitarias adoptadas en el marco de lucha contra el turismo sanitario y la inmigración irregular<sup>73</sup>, también las limitaciones a la libre circulación por razones de salud pública pueden perseguir, especialmente en tiempos de crisis, una finalidad económica más o menos encubierta<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> SHUIBHNE, N., «Derogating from the movement of persons: When can EU citizens be deported?», *Cambridge Yearbooks of European Legal Studies*, vol. 8, 2006, pp. 188-227.

<sup>71</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre la respuesta de la UE para hacer frente al VIH/sida en la UE y en los países vecinos, *DO C* 165 E/43, de 11.06.2013, pp. 43-48, apartado 2.

<sup>72</sup> Kiyutin c. Russia, de 10 marzo 2011, demanda n° 2700/10, *Recueil des arrêts et décisions* 2011-I, §36. En este pronunciamiento, el TEDH afronta un caso test en el que el demandante, nacional uzbeko casado con una ciudadana rusa con quien tenía dos hijos, ve rechazada su pretensión de obtener la residencia permanente en la Federación Rusa tras dar positivo en un test obligatorio de VIH.

<sup>73</sup> TRYFODINO, A., «Towards a citizenship right to pursue an economic activity in a cross-border context?», *Paper presented at the EUSA 2011 Twelfth Biennial International Conference*, Boston, Massachusetts, USA, 3-5 March 2011, p. 1-35, en especial p.9.

<sup>74</sup> NEWDICK, C., «Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity», *Common Market Law Review*, vol. 43, n° 6, 2006, pp. 1645- 1668.

#### IV. ALGUNAS APORTACIONES RECIENTES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS GARANTÍAS EXIGIBLES A LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SALUD Y SEGURIDAD PÚBLICA

Junto a los desarrollos novedosos hasta aquí expuestos, el análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE nos permite además comprobar que el control judicial de las garantías exigibles a las limitaciones por razones de orden público, salud y seguridad pública se encuentra también en constante evolución, sobre todo en lo que concierne a tres aspectos o dimensiones que han adquirido gran relevancia práctica, a saber: 1) la vigencia y gravedad de las amenazas al orden público la seguridad y la salud públicas; 2) el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por las medidas restrictivas; 3) la determinación de qué se entiende por motivos imperiosos de orden público, seguridad y salud pública.

##### 1. VIGENCIA Y GRAVEDAD DE LAS AMENAZAS AL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICAS

Respecto a la exigencia de que la amenaza al orden y la seguridad pública sea actual y supere un umbral mínimo de gravedad, en consonancia con lo subrayado por la Comisión<sup>75</sup>, las autoridades nacionales deben tener presente tres parámetros de evaluación, que serían la naturaleza de las infracciones cometidas por el destinatario de las medidas restrictivas, su frecuencia, y los daños causados. Así, la amenaza no puede ser presunta o supuesta, ni basarse en hechos pasados, sino que debe constatarse en el momento en que se adopta la medida restrictiva. Los antecedentes penales no son por sí mismos suficientes para justificar la expulsión de un ciudadano de la Unión o de sus familiares. El número y el tipo de condenas penales previas son relevantes en la medida en que, junto a otros elementos, acreditan una conducta personal contraria al orden o la seguridad pública. La reincidencia, al igual que la gravedad y frecuencia de los delitos cometidos, puede ser tenida en cuenta, pero no entraña la adopción automática de medidas restrictivas a la libre circulación ni mucho menos la expulsión, ya que a las garantías sustantivas se unen las garantías procesales apuntadas, como la obligación de notificar, motivada y exhaustivamente, dichas medidas, el establecimiento de plazos

<sup>75</sup> COM (2009), 313 Final, p. 13, apartado 3.2.

para la ejecución de las mismas, o el derecho a interponer los recursos administrativos o judiciales pertinentes (arts. 30-33).

En esta misma línea, la gravedad de la amenaza contra el orden o la seguridad pública no exige que se haya perpetrado un delito, siendo suficiente la comisión de una falta o infracción administrativa o fiscal, puesto que lo determinante es el perjuicio causado a un interés fundamental de la sociedad. La reincidencia es un elemento importante a la hora de evaluar si la amenaza es actual, sobre todo en supuestos de drogodependencia, Estado en el que aumenta la probabilidad de delinquir continuamente, al igual que en otros delitos menores cuya reiteración suele fundarse en la carencia de medios lícitos de vida<sup>76</sup>.

Existe una jurisprudencia consolidada según la cual las condenas penales previas por la comisión de delitos de terrorismo y de tráfico ilícito de estupefacientes pueden justificar la adopción de un amplio abanico de medidas restrictivas de la libre circulación por razones de orden y seguridad públicas. Tales medidas comprenden desde la expulsión del Estado miembro de acogida, a la restricción parcial de la libre circulación en su territorio dentro de un determinado perímetro<sup>77</sup>. Dicha tendencia jurisprudencial se ha renovado con pronunciamientos originales, basados en el principio de confianza mutua, que demuestran que la lista de medidas restrictivas sigue estando abierta, y que en ella también tienen cabida la prohibición de salida del propio país como consecuencia de una decisión previa adoptada por otro Estado, bien sea a causa de una condena penal previa por tráfico de estupefacientes dictada por

---

<sup>76</sup> Sentencia de 29 de abril de 2004, Ofanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, *Rec. p. I-5257*, apartado 67: «Si bien un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, la excepción de orden público debe, sin embargo, interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal sólo puede justificar una expulsión en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (véase, en particular, la sentencia de 19 de enero de 1999, Calfa, C 348/96 *Rec. p. I 11*, apartados 22 a 24)».

<sup>77</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2001, Oteiza Alaizabal, C-100/01. *Rec. p. I-10981*, apartado 40. A propósito, las observaciones críticas de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., «Comentario de Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 2002 *Ministre de l'Intérieur y Aitor Oteiza Olazábal*», *Revista Electrónica n.º 1, Foro Constitucional Iberoamericano*; En la misma línea, MARTÍN, D., «Comments on Oteiza Olazabal (Case C-100/01 of 26 November 2002) and Kaba 2 (Case C-466/00 of 6 March 2003)», *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 411-417.

el Estado de acogida<sup>78</sup>, o como consecuencia de su repatriación por encontrarse en situación ilegal en el territorio Estado miembro<sup>79</sup>.

## 2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS AFECTADOS POR LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS

Incluso en situaciones de crisis grave como la que la UE padece, el TJUE no ha dejado de insistir en que las autoridades nacionales están obligadas a respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión o sus familiares afectados por las medidas restrictivas de la libre circulación, derecho que les faculta a impugnar la procedencia de tales medidas mediante la interposición de verdaderos recursos judiciales<sup>80</sup>. Para merecer tal denominación, los recursos han de incluir un examen de la legalidad de la decisión, de los hechos y circunstancias que justifican las medidas<sup>81</sup> y, sobre todo, tienen que venir precedidos por la comunicación al interesado, con precisión y por extenso, de las razones que justifican su adopción, en consonancia con el artículo 47 de la CDFUE. El conocimiento del afectado puede garantizarse a través de una lectura directa de la resolución administrativa o judicial o, lo que es más frecuente, a través de la notificación, como ponen de manifiesto las sentencias de 17 de marzo de 2011 y de 17 de noviembre de 2011<sup>82</sup>.

Pese a todo, en determinadas ocasiones las autoridades nacionales se han opuesto a informar al interesado de forma detallada de las razones y las pruebas confidenciales que motivan la imposición de medidas restrictivas de la libre circulación, alegando que con ello se perjudicaría la seguridad nacional. A este res-

<sup>78</sup> Sentencia de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, *Rec.* p. I-5157, apartado 23.

<sup>79</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-430/10, *Rec.* p. I-11637, apartado 42. A propósito de las dificultades que encontró el recurrente para solicitar la revocación de la prohibición de abandonar el territorio búlgaro y otros aspectos relevantes del caso, LINDE PANIAGUA, E., «La libertad de circulación de los ciudadanos europeos: los nuevos retos más allá de la supresión de los controles fronterizos», *UNED. Teoría y realidad constitucional*, nº 32, 2013, pp. 176-177.

<sup>80</sup> En este sentido, las sentencias: de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, *Rec.* p. 1651, apartados 18 y 19; de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, *Rec.* p. 4097, apartado 14; y de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C 50/00, *Rec.* p. I 6677, apartado 39.

<sup>81</sup> Sentencia de 4 de octubre de 2012, Byankov, C 249/11, *Rec.* p. I 0000, apartado 53.

<sup>82</sup> Sentencias: de 17 de marzo de 2011, Peñarroja Fa, C 372 y 373/09, *Rec.* I-01785, apartado 63; y de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C 430/10, *Rec.* p. I 11637, apartado 41.

pecto el TJUE no ha dudado en advertir que es necesario un control judicial estricto para asegurar que las exigencias derivadas de la seguridad nacional no frustren la tutela judicial efectiva. Con tal fin, es necesario garantizar durante los procesos el principio de contradicción y el derecho a ser oído, hasta el extremo de que ni siquiera en supuestos relacionados con la comisión de delitos graves de terrorismo existe una presunción en favor de la existencia y fundamento de las razones de seguridad nacional invocadas por las autoridades internas<sup>83</sup>.

En otros casos, el incumplimiento de las garantías normativas procesales trae causa en la decisión de las autoridades nacionales de ordenar la ejecución inmediata de la orden de expulsión del ciudadano de la Unión o sus familiares, o bien de su reclusión previa para asegurar la posterior expulsión. De hecho, ambos supuestos se han registrado en España tanto en casos de delincuencia común persistente<sup>84</sup>, como en delitos de terrorismo<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Sentencia de 4 de junio de 2013, ZZ, C 300/11, aun no publicada en la Rec. En la misma el TJUE afirma que el Reino Unido incumplió el deber de comunicar al interesado las razones que motivaron la adopción de medidas restrictivas de su derecho a la libre circulación, consistentes en la revocación del derecho de residencia y la prohibición de entrada del afectado, nacional francés residente legal en el Reino Unido. Considerando que la divulgación de tales razones perjudicaría la seguridad nacional, no se le informó al completo de los motivos justificativos de dichas medidas, relacionadas con pruebas confidenciales que le implicaban en actividades terroristas del Grupo Islámico Armado. A juicio del TJUE, esta falta de información le impidió defenderse, haciendo inefectivo su derecho a interponer los recursos oportunos.

<sup>84</sup> La subdelegación del Gobierno en Valladolid acordó en junio de 2010 imponer una sanción de expulsión y prohibición de entrada en España a una ciudadana europea de nacionalidad búlgara, señalando que su resolución se basaba en que el comportamiento personal de la expedientada constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afectaba a la convivencia social y al orden público. Las autoridades españolas alegaron su falta de arraigo familiar y socio laboral, derivado de la ausencia de medios lícitos de vida, así como la reincidencia, habitualidad y continuidad de sus actividades delictivas, subrayando que en el plazo de año y medio, desde diciembre de 2008 hasta la fecha de la resolución, la afectada fue detenida en ocho ocasiones por hurto y otra más por robo con violencia. El 22 de febrero de 2011, el juez de instrucción nº 4 de Elche dictó un auto de reclusión en el centro de internamiento temporal para extranjeros, pese a que no había sido juzgada por ninguno de los hechos que provocaron su detención, con el fin de evitar la frustración de la sanción y debido a la ausencia de arraigo en territorio nacional, ya que la constante movilidad mostrada por la interesada obstaculizaba su localización a efectos de la expulsión. Para una visión más general, FERREIRA, N., «The EU free movement of persons from a Spanish perspective: exploring its evolution and derogations», *European Public Law*, vol 19, nº 2, 2013, pp. 397-424.

<sup>85</sup> Así ha sucedido en el caso del marroquí Rafá Zouhier, condenado por los atentados del 11-M. Pese a haber contraído matrimonio con una ciudadana española mientras

### 3. LA DETERMINACIÓN DE QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVOS IMPERIOSOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

Tal y como ha quedado de relieve, la condición de residentes permanentes de los ciudadanos de la UE y sus familiares les otorga un plus de protección que conlleva mayores garantías en caso de expulsión. Esta protección reforzada se traduce en la exigencia de que las razones de orden o seguridad pública revistan una mayor gravedad, hasta el extremo de que si el destinatario de dicha medida restrictiva acredita una estancia previa en el Estado de acogida de diez años (art. 28), solo procederá su expulsión por motivos «imperiosos» de seguridad pública<sup>86</sup>. Por consiguiente, el reforzamiento de las exigencias legales parece indicar que en este caso el orden público a secas no es en sí mismo un motivo suficiente, y que necesita venir acompañado de razones de seguridad pública<sup>87</sup>. Además, la duración de la estancia previa implica que, teniendo en cuenta que el ciudadano europeo ha pasado legalmente buena parte de su vida en el Estado miembro de acogida, las autoridades de dicho Estado no solo deben tener razones extraordinariamente sólidas que justifiquen la expulsión, sino que también han de verificar su grado de integración, a efectos de cumplir con el requisito de la proporcionalidad.

A nuestro juicio, el examen de la jurisprudencia reciente demuestra que el TJUE está acotando en su jurisprudencia más reciente el contenido y alcance de «los motivos imperiosos de seguridad pública» a través de dos propuestas. Por una parte, aboga por una socialización de la seguridad pública, según la cual dichos motivos existirán no solo cuando se ataque a las instituciones, sino también cuando se constaten conductas contrarias a los valores fundamentales de la sociedad del Estado de acogida. Así sucede en aquellos casos en los que el ciudadano europeo forma parte de redes de tráfico de es-

---

se encontraba cumpliendo condena, la Sección Segunda de la Audiencia Nacional acordó su detención inmediata en la misma puerta de la prisión, una vez cumplida íntegramente su condena, a fin de asegurar el cumplimiento de la orden de expulsión.

<sup>86</sup> VILLAR FUENTES, I.M., «Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el estado de acogida», *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, nº 4, diciembre 2013; BENLOLO-CARABOT, M., «Liberté de circulation des citoyens européens: Raisons impérieuses de sécurité publique, protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité et justice», *Lettre «Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, junio 2012.

<sup>87</sup> BESTERS, M., MACENAITE, M., «Securing the EU Public order: Between an Economic and Political Europe», *German Law Journal*, vol. 14, nº 10, 2013, pp. 2075-2090, en especial p. 2081.

tupefacientes, dado que la toxicomanía no solo es especialmente dañina para quien la padece, sino que también entraña un perjuicio económico y social capaz de poner en peligro la tranquilidad y la seguridad física de la totalidad o de gran parte de la población<sup>88</sup>. Idéntica apreciación se predica de forma novedosa también respecto de los delitos de naturaleza sexual, como los abusos sexuales o la explotación de menores que atacan un bien jurídico especialmente sensible<sup>89</sup>. En realidad, lo mismo cabe decir de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que está prevista la actuación del legislador de la Unión, tales como el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de armas, etc. (art. 83.1 TFUE)<sup>90</sup>. En todos ellos la conducta personal del ciudadano europeo resulta de particular interés para determinar la proporcionalidad de la expulsión, sobre todo si se demuestra la existencia de una especial energía criminal persistente en el tiempo, la voluntad de causar sufrimientos añadidos a las víctimas, y la falta de arrepentimiento o culpa<sup>91</sup>.

Por otra parte, al insistir en que antes ordenar la expulsión hay que verificar el grado de integración en el estado de acogida, el TJUE parece indicar que a estos efectos lo relevante no es la situación económica en que se encuentre el ciudadano europeo sino su situación social y familiar. Con ello se alude a la necesidad de no vulnerar su vida privada y familiar, en cuya protección inciden de manera especial tanto el artículo 7 de la CDFUE como el 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La frecuencia y duración de los periodos temporales en los que el ciudadano europeo se haya ausentado del Estado de acogida servirán para ponderar si se ha producido o no un desplazamiento del centro de su vida y de sus intereses. Se entiende así que el hecho de trasla-

---

<sup>88</sup> Así lo afirman, entre otras, la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1982, Wolf, C-221/81, *Rec.* p. 3681, apartado 9, y la sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, Aoulmi c. Francia, demanda nº50278/1999, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-I, §86.

<sup>89</sup> FRANKO AAS, K., «Crimmigrant' bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance», *Theoretical Criminology*, vol. 15, 2011, pp. 331-346.

<sup>90</sup> Sentencia de 22 de mayo de 2012, I., C-348/09, *Rec.* p. I-00000, apartado 28. *Vid.* los comentarios de AZOULAI, L., COUTTS, S., «Restricting Union citizenship residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and AFSJ meet. Case C-348/09», *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 2, pp. 553-570.

<sup>91</sup> AZOLULAU, L./COUTTS, E., *op. cit.*, p. 561; KOCHENOV, D./PIRKER, B., «Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, PI V Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid», *Columbia Journal of European Law.*, vol. 19, 2012, pp. 369-389.

darse voluntariamente para pasar largas temporadas en su Estado de origen indicara que en caso de ser expulsado no tendrá dificultades de integración ni de adaptación a la vida local, lo que avalaría la razonabilidad y proporcionalidad de esta medida<sup>92</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

Comenzamos este artículo manifestando la necesidad de reexaminar los límites tradicionales a la libre circulación de personas en el contexto actual de crisis que experimenta la UE con un doble propósito. En primer lugar, para discernir en qué medida los nuevos desarrollos que se desprenden de la jurisprudencia reciente del TJUE afectan a la esencia de este derecho. Y en segunda instancia, para determinar si esas tendencias restrictivas estarían erosionando la ciudadanía de la Unión.

Respecto a la primera cuestión, el TJUE ha continuado precisando el contenido del orden público, la seguridad y la salud públicas, así como desarrollando las garantías normativas exigidas para su aplicación. No obstante, a nuestro juicio, junto a esta evolución positiva se aprecian también ciertas tendencias preocupantes. Por una parte, se ha operado una limitación de los beneficiarios de la libre circulación, ya que los Jefes de Estado han visto restringido su derecho a la libre circulación por efecto del Derecho Internacional. El alcance de este pronunciamiento del TJUE es reducido, pero no por ello deja de ser significativo, ya que implica la posibilidad de imponer nuevos límites al derecho a la libre circulación no previstos en el Derecho de la Unión.

A ello hay que sumar que el TJUE también ha admitido la posibilidad de recurrir al orden público para justificar restricciones de la libre circulación cuyo objetivo es el cobro de deudas fiscales de cuantía menor, al considerar que dichas medidas no persiguen un fin económico. A nuestro entender, se trata de un razonamiento de doble filo, porque del mismo cabe deducir que el orden y la seguridad pública amparan todas aquellas restricciones a la libre circulación cuyo objetivo sea, en términos generales, la protección del erario público. Se establecería así un vínculo entre las limitaciones tradicionales y las nuevas

---

<sup>92</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C 145/09, *Rec.* p I-11979, apartado 16. Al respecto UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, 2013, pp. 391-428.

medidas restrictivas del derecho a libre circulación de aquellos ciudadanos europeos móviles, cuya presencia suponga una carga excesiva para las arcas públicas del Estado de acogida y, por tanto, una amenaza a la seguridad pública por poner en peligro la viabilidad de los sistemas sociales y del propio estado del bienestar. La clave de esta conexión estriba en que, de hecho, el orden, la salud y la seguridad pública están indisolublemente unidos a la prestación de servicios públicos que entrañan un coste económico considerable, y, por consiguiente, están íntimamente asociados al gasto público. La crisis ha puesto en tela de juicio los principios fundacionales de solidaridad entre los Estados miembros e igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión, por lo que no resulta infundado pensar que, a día de hoy, tanto las limitaciones clásicas como las nuevas medidas restrictivas de la libre circulación persiguen una finalidad económica más o menos encubierta.

Por todo lo anterior, reivindicamos la necesidad de realizar una interpretación del contenido y límites del derecho a la libre circulación conforme a la letra y al espíritu de la ley. Se trataría, ni más ni menos, de exigir una aplicación rigurosa del derecho originario y secundario, y, en particular, de los límites contemplados en el artículo 27 de la Directiva 38/2004/CE. En este sentido, el TJUE debe garantizar sin ambages que, con crisis o sin ella, las excepciones a la libre circulación se interpretarán siempre de forma restrictiva, cumpliendo en todo caso con las garantías sustantivas y formales previstas y, sobre todo, que no persiguen una finalidad económica. Precisamente algunas de dichas garantías tienen una marcada dimensión social, apuntando que a la hora de ponderar la validez de una medida de expulsión de un ciudadano europeo el elemento determinante debe ser no su posición económica, sino su grado de integración en el Estado de acogida.

En relación al segundo interrogante, el posible impacto que estos desarrollos restrictivos tendrían sobre la ciudadanía de la Unión, cabe concluir que la crisis económica ha traído consigo un cambio de percepción en la valoración del derecho a la libre circulación que, de panacea, habría empezado a devenir en lastre para el desarrollo de la UE y sus Estados miembros. En esta tesitura se enmarcaría dos tendencias examinadas. Por una parte, la de considerar a los ciudadanos móviles de la Unión en precario como «inmigrantes europeos». Y por la otra simultáneamente, la de facilitar la concesión de la residencia como paso previo a la obtención de la nacionalidad, que a su vez les otorgaría el estatuto de ciudadanos de la Unión, a aquellos nacionales de terceros Estados con un elevado poder adquisitivo. Estas medidas, apoyadas por un número significativo de Estados miembros, son cuando menos para-

dójicas al presumir que los ciudadanos de la Unión dependientes económicamente pueden suponer un peligro potencial para el orden y la seguridad pública de los Estados miembros de acogida, mientras que los extranjeros ricos carentes de antecedentes penales no, con independencia del origen de su fortuna o del grado de integración. Ello equivaldría a aceptar que en el orden público de la UE, un concepto emergente y cambiante, las consideraciones económicas son determinantes en tiempos de crisis. Si esta tendencia se confirmase, a largo plazo podría suponer una devaluación del estatuto de ciudadanía europea, además de ensombrecer el futuro de una UE en la que, por primera vez, se estaría cuestionando el consenso constituyente sobre la intangibilidad y los límites del derecho a la libre circulación y residencia. No obstante, teniendo en cuenta la forma ambivalente en que las crisis han afectado históricamente al proceso de integración europea, esa es ya otra cuestión.

LÍMITES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS:  
UNA REVALUACIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

RESUMEN: El objetivo de este artículo es realizar una nueva evaluación de los límites tradicionales a la libre circulación de personas por razones de orden público, salud o seguridad pública en el contexto actual de crisis que experimenta la UE, así como examinar su vinculación con la aparición de nuevas restricciones por motivos económicos para discernir en qué medida todos estos desarrollos de carácter restrictivo estarían erosionando la ciudadanía de la Unión.

PALABRAS CLAVES: Libre circulación de personas; Orden público, salud o seguridad pública; Restricciones por motivos económicos; Ciudadanía de la Unión.

LIMITS TO THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU FOR REASONS OF PUBLIC POLICY, SECURITY OR PUBLIC HEALTH IN TIMES OF CRISIS:  
A REEVALUATION IN THE LIGHT OF THE CASE LAW  
OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ABSTRACT: The aim of this paper is to reexamine the traditional limits to the free movement of persons on grounds of public order, public health or safety in the context of the current crisis in the EU, as well as its relationship with the emergence of new restrictions on economic grounds in order to discern to what extent all these recent developments would erode the European citizenship.

KEY WORDS: Free movement of persons; Public order, public health or safety; Restrictions on economic grounds; European citizenship.

LIMITES A LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES DANS L'UNION  
EUROPEENNE POUR DES RAISONS DE POLITIQUE PUBLIQUE,  
DE SECURITE ET DE SANTE PUBLIQUE EN TEMPS DE CRISE:  
UNE REEVALUATION EN VERTU DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR  
DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

RÉSUMÉ: Le but de cet article est de réexaminer les limites traditionnelles de la libre circulation des personnes pour des raisons d'ordre public, la santé ou la sécurité publique dans le contexte de la crise actuelle dans l'Union européenne, ainsi que sa relation avec l'émergence de nouvelles restrictions pour des raisons économiques a fin de discerner dans quelle mesure toutes ces récents développements pourraient éroder la citoyenneté européenne.

MOTS CLÉS: Libre circulation des personnes; Ordre public, santé ou sécurité publique; Restrictions économiques; Citoyenneté européenne.

# EL CONCEPTO DE ACOSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

MARGARITA ROBLES CARRILLO\*

- I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO
- II. EL CONCEPTO NORMATIVO DE ACOSO.
  1. UNA CONCEPCIÓN AMPLIA.
    - A) *La determinación del bien jurídico protegido.*
    - B) *La tipología del acoso.*
  2. LA DEFINICIÓN DEL ACOSO EN LAS DIRECTIVAS DE LA UE.
    - A) *El acoso discriminatorio.*
    - B) *La distinción entre acoso y acoso sexual.*
  3. LA DEFINICIÓN DEL ACOSO EN LA NORMATIVA SOBRE FUNCIONARIOS Y AGENTES.
    - A) *Los actos administrativos internos.*
    - B) *La reforma del Estatuto.*
- III. EL CONCEPTO DE ACOSO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.
  1. EL ACOSO DISCRIMINATORIO.
  2. EL ACOSO SEXUAL.
  3. EL ACOSO MORAL O PSICOLÓGICO.
    - A) *Concepto de acoso psicológico.*
    - B) *La exclusión de la intencionalidad.*
    - C) *La objetivación de la noción de acoso psicológico.*
- IV. CONCLUSIONES.

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional Público, Universidad de Granada. E-mail: mrobles@ugr.es

## I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO

El análisis del concepto de acoso en el marco de la Unión Europea (UE) ofrece la posibilidad de realizar el estudio de una categoría jurídica relativamente novedosa y extremadamente singular en un sistema de organización que, habiendo perdido el carácter de novedad, sigue admitiendo como calificativo su marcada originalidad, tratándose, además, en ambos casos, de instituciones jurídicas en constante proceso de evolución e, incluso, en mayor o menor medida, de reformulación teórica. No es necesario abundar en estas consideraciones bien conocidas en lo que respecta a la UE, pero sí es preciso en relación con el acoso.

A pesar de ser antiguo como la historia misma de la humanidad<sup>1</sup> y de ser, también, un fenómeno global<sup>2</sup>, capaz de ejemplificar como pocos la dinámica de la globalización<sup>3</sup>, la construcción teórica del acoso es relativamente reciente, aunque ello no supone que sea escasa o limitada. Antes al contrario, la abundancia y la variedad características de las aportaciones doctrinales son el resultado de la combinación de una doble circunstancia: por una parte, el

---

<sup>1</sup> Rubenstein afirma que el acoso es un nuevo término que define un viejo problema (Informe Rubenstein, *La dignidad de la mujer en el trabajo*, Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, OPOCE, Luxemburgo, 1987). Gimeno Lahoz advierte que «no estamos ante un fenómeno nuevo, sino ante una concienciación nueva del fenómeno» motivada, como apunta el autor, por las razones identificadas en el Segundo Informe Randstad: los efectos muy negativos sobre las personas, la afectación del trabajo de calidad y del coste y competitividad empresarial y el temor a sus consecuencias negativas sobre el ambiente laboral (GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, Tesis doctoral, Girona, 2004, pp. 29-30).

<sup>2</sup> El acoso es definido como «a global organizational phenomenon» (LIU, X.-Y., KWAN, H.K. y CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services performance in China», *Human Relations*, vol. 67, 2014, p. 335). El acoso es un fenómeno universal presente en todos los países y culturas «although its perceptions and judgement, and consequently definitions, significantly differ from one culture to another» (BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *Social Science Computer Review*, vol. 23, nº 1, 2005, p. 78). El acoso se produce en todos los ámbitos de la sociedad, aunque puede variar según el nivel sociocultural y los sectores profesionales, entre los cuales incide especialmente en el terciario, el medicosocial y la enseñanza (EDREIRA, M.J., «Fenomenología del acoso», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 36, 2003, pp. 134-135).

<sup>3</sup> Según Van der Aa, «the history o anti-stalking legislation is an excelent exemple of globalization in itself» (VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», en LETSCHERT, R. y VAN DIJK, J. (eds.), *The New Faces of Victimhood. Studies in Global Justice*, Springer Science+Business Media B.V., Tilburg University, Tilburg, 2011, p. 191).

contraste entre su larga existencia como realidad y su reciente identificación como objeto de interés social y académico; y, por otra parte, la genética y la naturaleza diversas y complejas del acoso que han concitado el interés hacia esta figura desde muy variadas disciplinas. Generalmente, el estudio del acoso se asocia a algunos nombres propios como el etólogo Konrad Lorenz, Leymann, psicólogo<sup>4</sup>, Heineman médico o Hirigoyen en el terreno de la psiquiatría y el psicoanálisis, que han contribuido decisivamente a la definición de su concepto desde cada una de esas perspectivas<sup>5</sup>. No ha ocurrido igual, sin embargo, en la ciencia jurídica, que no tiene un nombre propio, un solo concepto, una tipificación uniforme o, incluso, una expresión única o principal para definir este fenómeno<sup>6</sup>.

En términos necesariamente muy generales, la razón primordial se encuentra en que el acoso se articula jurídicamente sobre la base de las diferentes concepciones, tradiciones y sistemas jurídicos del mundo y se manifiesta como una expresión cualificada de esas diversas aproximaciones al derecho y la ciencia jurídica<sup>7</sup>. Esa facultad de acomodación prácticamente

---

<sup>4</sup> LEYMAN, H., «The Content and Development of Mobbing at Work», *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, nº 2, 1996, pp. 165-184; LEYMAN, H., «Mobbing and Psychological Terror at Workplaces», *Violence and Victims*, vol. 5, nº 2, 1990, pp. 119-126.

<sup>5</sup> Sobre estas contribuciones metajurídicas a la definición del acoso, véanse OLMEDO, M. y GONZÁLEZ, P., «La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del mobbing, su evaluación, prevención y tratamiento», *Acción Psicológica*, vol. 4, nº 2, 2006, pp. 107-128; CARVAJAL OROZCO, J.G. y DÁVILA LONDOÑO, D., «Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia», *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, vol. 29, nº 49, 2013, pp. 95-106; ESCOBAR PÉREZ, B. y FERNÁNDEZ, M., «Mobbing: acoso moral o psicológico en el trabajo», *Verba Iuris*, vol. 28, 2012, pp. 135-151; PEREIRA, B., «Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale», *Revue Française de Gestion*, nº 2333, 2013, pp. 33-54; EDREIRA, M.J., «Fenomenología del acoso», *loc. cit.*, pp. 131-151.

<sup>6</sup> La máxima expresión de la diversidad característica de la tipificación del acoso se localiza curiosamente en China, donde más de una decena de ciudades han desarrollado su propio concepto en el marco de sus leyes locales y hay diferencias considerables entre esas definiciones «because there are many Chinese dialects and sub-cultures, and no single agreed-upon term for sexual harassment» (LIU, X.-Y., KWAN, H.K. y CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services performance in China», *loc. cit.*, p. 335). El problema estriba en que «the lack of a consistent definition in China may increase the ambiguous and stressful nature of harassment situations» (*Ibidem.*).

<sup>7</sup> Sobre esas diferencias, con análisis comparados, véanse HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *International Labor Review*, vol. 131, nº 6, 1992, pp. 535-559; LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying:

camaleónica, exponente de la apertura y la flexibilidad características de su conceptualización jurídica, impone la obligación de contextualizar el análisis del acoso porque no se visibiliza necesariamente igual en los diferentes ámbitos, materias<sup>8</sup>, espacios, sistemas o estructuras de organización<sup>9</sup>.

Al igual que en el marco general del Derecho internacional<sup>10</sup>, en el caso de la UE, el acoso muestra su capacidad de aclimatación a una estructura de poder diferente marcada, fundamentalmente, por disponer de un insólito modelo de distribución de competencias y de un ordenamiento jurídico igualmente peculiar. La presencia de ese modelo competencial basado en el principio de atribución de competencias tiene dos consecuencias principales de orden general.

---

An International Overview», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 1 y ss.; VAN DER AA, S., «International (Cyber)Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, pp. 196-211; EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, nº 5, 1996, pp. 543-581; LEROUGE, L. y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, 2013-2014, pp. 93-122; SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 35, 2012, pp. 345-374; EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, nº 5, 1996, pp. 543-581; GONÇALVES GOUVEIRA, C., «From Laissez-Faire to Fair Play: Workplace Harassment & Psychological Harassment», *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 65, nº 2, 2007, pp. 137-166.

<sup>8</sup> Como explica Husbands, la protección contra el acoso «is accorded under equal opportunity law, labour law, tort law or criminal law. A number of countries have overlapping coverage, with protection afforded by two or more categories of law» (HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 546).

<sup>9</sup> Sobre las diferentes percepciones del acoso, BARAK-EREZ, D. y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *Stanford Journal of International Law*, vol. 47, 2011, pp. 183 y ss.; SRIVASTAVA, D.K. y MINKANG, G., «Law and Policy Issues on Sexual Harassment in China: Comparative Perspectives», *Oregon Review of International Law*, vol. 11, 2009, pp. 62 y ss.

<sup>10</sup> Véanse ROBLES CARRILLO, M., «El acoso: una perspectiva internacional», en RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M.D., *Tratamiento integral del acoso*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2014; EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 543-581; CORREA CARRASCO, M. y VALDÉS DE LA VEGA, B. (coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2007; DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 67, 2007, pp. 83-120.

Una primera consecuencia es que la UE no actúa en materia de acoso con carácter general, sino sólo en el marco de sus competencias, circunstancia ésta que ha supuesto que esa categoría se haya regulado de manera diferente a los Estados, de modo progresivo y parcial, a medida que se procedía a la atribución de los poderes necesarios a esos efectos en los ámbitos materiales de trabajo, empleo y política social, salud y seguridad y en el marco general de protección de derechos y libertades fundamentales, con contenidos normativos no siempre coincidentes, lo que se ha traducido en una adaptación progresiva a esa evolución pero, también, en serias ambigüedades y carencias en la definición del acoso en el ámbito comunitario.

La segunda consecuencia que tiene para el acoso ese modelo de organización estriba en que la acción de la UE se construye esencialmente sobre la base del principio de no discriminación. No se trata sólo de una cuestión de técnica o de política jurídica, sino que resulta significativamente más relevante por cuanto atiende al bien jurídico protegido con esa normativa incidiendo de modo directo en su naturaleza, fundamento y objetivos. La protección de la dignidad en el trabajo fue el argumento utilizado en un primer momento para abordar el acoso en el marco europeo pero, muy pronto, el principio de no discriminación se convierte en un fundamento normativo principal en la construcción de este concepto, además de ser un principio estructural dentro del sistema europeo. En concreto, la no discriminación por razón de sexo es en ambos casos, en la categoría jurídica y en la estructura europea, el núcleo sobre el que se asienta la configuración jurídica del acoso diseñada en el marco competencial europeo. Con ello se ha privilegiado la lucha contra el acoso discriminatorio, soslayando el principio básico de actuación frente a cualquier modalidad de acoso y la necesidad de formular un concepto propio autónomo<sup>11</sup>.

Por su parte, la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario se manifiesta en el proceso de definición del acoso por diversos motivos. El concepto normativo de acoso se formula en varios y sucesivos actos norma-

---

<sup>11</sup> Es realmente una necesidad porque, como explica Correa, la construcción de un concepto de acoso constituye «el presupuesto ineludible a la hora de articular una protección jurídica adecuada frente a esta manifestación específica de violencia. La elaboración conceptual en el ámbito de la dogmática jurídica tiene como objetivo, precisamente, evitar esa especie de *desdiferenciación* entre fenómenos diversos (CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo», en CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, p. 44).

tivos sin que su contenido sea necesariamente similar o coincidente. La norma comunitaria autoriza expresamente la presencia de conceptos nacionales de acoso, siendo ésta una opción que complica adicional, injustificada e innecesariamente la acción europea frente a este fenómeno. La interpretación jurisprudencial se enfrenta a la problemática derivada de esa pluralidad conceptual con el doble obstáculo que impone la inexistencia de un único concepto comunitario y la presencia de los conceptos nacionales. Con carácter general, además, el problema de la terminología propio del acoso<sup>12</sup> se manifiesta en mayor medida en la UE donde la pluralidad de lenguas oficiales contribuye a incrementar la confusión sobre esta noción<sup>13</sup>.

Aparte de la argumentación teórica sobre la necesidad de abordar esta categoría jurídica, en términos prácticos, el acoso constituye un grave problema social y económico, además de jurídico, en el marco de la UE. A pesar de la amplia y consolidada normativa europea en materia de protección de derechos y libertades y de las tradiciones constitucionales y democráticas de sus Estados miembros, según la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, en 2014, el 55% de las mujeres habían experimentado algún tipo de acoso sexual, cifra ésta que asciende al 75% en el desempeño de puestos de alta dirección o cualificación<sup>14</sup>. El 32% de las víctimas identificaban como autor a un jefe, compañero o cliente. El 20% de las jóvenes habían sufrido ciberacoso. El Observatorio Europeo de Condiciones de Trabajo (EWCO) fija el porcentaje de víctimas de acoso en el 47% para mujeres y en el 45% en el caso de los hombres, ade-

---

<sup>12</sup> Véanse LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, pp. 1 y ss.; GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, *op. cit.*, pp. 63-74; SMARTT, U., «The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, nº 3, 2001, pp. 209-232.

<sup>13</sup> Lippel explica que los sistemas anglosajones «tend to use the term workplace bullying, while French-speaking jurisdictions, heavily influenced by the work of Marie-France Hirigoyen, refer to harcèlement moral, or moral harassment, as in France and Belgium or harcèlement psychologique or psychological harassment, as in Québec. Spanish-speaking scholars, also influenced by Dr. Hirigoyen's work, use the term acoso moral or moral harassment, as well. Scandinavian researchers, starting with Heinz Leymann, whose work first drew scholars' attention to the phenomenon, use the term mobbing, a term also used in Germany» (LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, pp. 1-2). En la jurisprudencia europea, se utilizan indistintamente los conceptos de acoso psicológico o moral en español, en la versión francesa corresponde a harcèlement moral, psychological harassment en la inglesa, en la italiana, molestia psicologica o sessuale o en la alemana «Mobbing oder sexueller Belästigung».

<sup>14</sup> Véase el documento [fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-factsheet\\_es.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-factsheet_es.pdf).

más de reconocer que «Experience of discrimination, violence, abuse, bullying or harassment are associated with lesser levels of job sustainability»<sup>15</sup>. Las estrategias comunitarias en materia de salud y seguridad para los periodos 2002-2006<sup>16</sup> y 2007-2012<sup>17</sup> han confirmado esta percepción del problema. La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo ha hecho público un informe titulado *Workplace Violence and Harassment: a European Picture* donde se constata el alcance y la magnitud de este fenómeno a nivel europeo<sup>18</sup>.

El objeto de este artículo es analizar el concepto de acoso en el marco europeo abordando, en primer lugar, su conceptualización en el ámbito normativo (II) para, a continuación, considerar su definición en la jurisprudencia del TJCE (III) y reflejar en las conclusiones el alcance, las limitaciones y las carencias de su formulación normativa.

## II. EL CONCEPTO NORMATIVO DE ACOSO

Con carácter general, en el marco normativo internacional y en los ordenamientos jurídicos internos<sup>19</sup>, el acoso se define mediante la identifica-

---

<sup>15</sup> EUROFOUND, *Fifth European Working Conditions Survey*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2012, p. 126.

<sup>16</sup> Véase la Comunicación de la Comisión «Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)», (COM (2002) 118 final de 11.03.2002, p. 8).

<sup>17</sup> Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM(2007) 62 final, Bruselas, 21.2.2007, p. 4). Véase, al respecto, LEROUGE, L., «Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 109-152; GUERRERO, M.I.S., «The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards to EU Legislation», *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 477-500.

<sup>18</sup> EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, *Workplace Violence and Harassment: a European Picture*, OPOCE, Luxemburgo, 2010. Véase HARTHILL, S., «Workplace Bullying as an Occupational Safety and Health Matter: A Comparative Analysis», *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, pp. 253-301.

<sup>19</sup> En la ONU, la Recomendación nº 19 del Comité CEDAW, relativa a la violencia contra la mujer, adoptada en 1992, establece que «el hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, ya sean verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando

ción de sus elementos constitutivos entre los que se incluyen la acción, el medio, la causa y el objetivo<sup>20</sup>. Este concepto tiene la particularidad, además, de que se construye y caracteriza sobre la base de una de sus manifestaciones principales, el acoso sexual, por ser la originaria. A partir de ahí se identifica y extrapola esa noción hacia otros ámbitos donde reviste otras características y modalidades. Por ello, el acoso sexual designa hoy un aluvión de conceptos que no sólo produce confusión, sino que incluso «hace olvidar la utilización primigenia de la expresión y, sobre todo, la teorización que acompaña a la misma»<sup>21</sup>. Del acoso sexual se ha pasado al acoso por razón de sexo o género y al acoso moral, psicológico, social o al ciberacoso, entre otros. Son distintas manifestaciones de un fenómeno que exige una conceptualización propia como categoría genérica y autónoma respecto de esas especies, tipos o subgéneros diferentes en los que se materializa en función de los distintos ámbitos, sujetos, motivaciones o espacios<sup>22</sup>.

---

la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso con la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil». En el caso de la OIT, el acoso se construye sobre la base de dos conceptos básicos, el principio de no discriminación y la lucha contra la violencia hacia la mujer y se define como una manifestación de las relaciones de poder, que forma parte e influye en las condiciones de trabajo y con un impacto directo en la salud de las víctimas. La OIT no cuenta con ninguna norma jurídica específica para la protección frente al acoso laboral pero las disposiciones del Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 y del Convenio nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958, en vigor desde 1960 y la Recomendación 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, son el instrumento utilizado en la lucha contra el acoso laboral.

<sup>20</sup> Siguiendo a Gimeno Lahoz, esta secuencia en el caso concreto del mobbing se concreta en los siguientes términos: 1) presión sería la acción, 2) laboral sería la causa, 3) denigración sería el medio y 4) autoeliminación del trabajador sería el objetivo. Sobre esa base define el mobbing como «la presión laboral tendente a la autoeliminación del trabajador mediante su denigración» (GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, *op. cit.*, p. 95). Sobre los diversos conceptos de acoso en la doctrina y la normativa interna e internacional, véase PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *Athenea Digital*, vol. 12, nº 2, 2012, pp. 199-219.

<sup>21</sup> BARRÈRE UNZUETA, M.A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, J.M. (coord.): *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013, p. 17. Sobre la problemática que de ello deriva, véase CLARKE, J.A., «Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections», *Indiana Law Journal*, vol. 86, 2011, pp. 1219-1287.

<sup>22</sup> En esa línea, aunque limitado por su objeto, se encuentra el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica,

El proceso de tipificación del acoso en el marco de la UE ha sido identificado doctrinalmente desde diversas perspectivas atinentes a los motivos, los bienes jurídicos lesionados o los distintos ámbitos de actuación<sup>23</sup>. La preocupación por el acoso se manifiesta pronto, en particular, desde la Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer fundada en el principio de no discriminación por razón de sexo que apela también al respeto de la dignidad de la mujer en el trabajo. La cuestión de su definición es planteada por el Parlamento Europeo ya en su Resolución de 11 de junio de 1986 sobre la violencia contra la mujer<sup>24</sup>. Aunque esas primeras iniciativas sitúan el acoso en el marco normativo del principio de no discriminación y de la violencia de género<sup>25</sup>, la dignidad en el trabajo es el núcleo sobre el que se asientan los primeros actos normativos adoptados en materia de lucha contra el acoso en la década de los noventa<sup>26</sup>, que traducen una concepción amplia y relativamente genérica.

firmado en Estambul en 2011, define dos tipos de acoso, exigiendo siempre que se haya realizado intencionadamente: por una parte, el acoso entendido como «un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad» cuando se cometa en varias ocasiones (artículo 34); y, por otra parte, el acoso sexual que, según el artículo 40, es «toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». El concepto de acoso sexual se asemeja al elaborado en el marco de la UE, pero no ocurre igual con el concepto general de acoso, ni con las restantes modalidades que, por ser más amplio su ámbito de competencias, pueden manifestarse en la UE. El Convenio fue ratificado por España en abril de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Sobre la regulación del acoso, véase ROBLES CARRILLO, M., «El acoso: una perspectiva internacional», *loc. cit.*; ROBLES CARRILLO, M. «Los convenios regionales en materia de protección frente a la violencia de género», en RIVAS VALLEJO, P. y BARRIOS BAUDOR, G., *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Madrid, 2014.

<sup>23</sup> Sobre ese proceso, ANANGNOSTOU, D. y MILLNS, S., «Gender Equality, Legal Mobilization, and Feminism in a Multilevel European System», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 28, nº 2, 2013, pp. 115-131; MEDEIROS DE OLIVEIRA, F.P., *El acoso laboral*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, p. 8.

<sup>24</sup> DO C 176 de 14 de julio de 1986, p. 73.

<sup>25</sup> Como explica Barrère, «el acoso sexual, aun cuando pueda concebirse también como un ataque a la dignidad humana, encuentra su explicación en (la violencia propia de) el sistema de subdiscriminación sexo-género, que se manifiesta también en el trabajo, donde, eso sí, adquirirá formas específicas» (BARRÈRE UNZUETA, M.A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 48).

<sup>26</sup> La dignidad de la persona es un bien jurídico directamente comprometido en las situaciones de acoso. Según Ehrenreich, «the most fundamental harm of sexual harassment

## 1. UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DEL ACOSO

Aunque ya existían algunas iniciativas en los años ochenta, el Informe Rubenstein es el detonante para el desarrollo de la normativa europea en materia de acoso<sup>27</sup>. Ese informe introduce una nueva dinámica que conduce a la Resolución 90/C de 29 de mayo de 1990 del Consejo<sup>28</sup> y a la Recomendación 92/131/CE de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo<sup>29</sup>, que se acompaña del Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual cuyo objetivo es proporcionar una orientación práctica a los interlocutores sociales en materia de acoso<sup>30</sup>. En ambos casos, como ha ocurrido con carácter general en los distintos ordenamientos jurídicos y como consecuencia del origen mismo de este fenómeno, el acoso definido es el acoso sexual o por razón de sexo que es el modelo originario a partir del cual se han construido después otras modalidades de acoso<sup>31</sup>. En ambos casos, también, el acoso se

---

is a dignitary harm: by humiliating, intimidating, tormenting, pressuring, or mocking individuals in their places of work, sexual harassment is an insult to the dignity, autonomy, and personhood of each victim; such harassment violates each individual's right to be treated with the respect and concern that is due to her as a full and equally valuable human being» (EHRENREICH, E., «Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment», *The Georgetown Law Journal*, vol. 88, 1999, p. 16). Véase RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 19, 2007-2008, pp. 391-447.

<sup>27</sup> El Informe Rubenstein caracteriza el acoso como una afrenta a la dignidad y una discriminación fundada en el sexo contraria a las disposiciones del artículo 5, párrafo 1º, de la Directiva 76/207/CEE. En 1993, la Comisión publica una guía para aplicar el Código de conducta preparada por Rubenstein y De Vries (RUBENSTEIN, M. y DE VRIES, I., *Cómo combatir el acoso sexual en el trabajo: guía para aplicar el Código de conducta de la Comisión europea*, OPOCE, Luxemburgo, 1993).

<sup>28</sup> DO C 157 de 27.6.1990, pp. 3-4

<sup>29</sup> DO L 049 de 24.2.1992, pp. 1-8.

<sup>30</sup> La Comisión considera el acoso sexual como un atentado a la dignidad y un obstáculo para la productividad y, por lo tanto, para el buen funcionamiento del mercado de trabajo, que ha sido reconocido en la mayoría de los Estados bien mediante la adopción de textos legislativos o mediante la elaboración de convenios colectivos (COM (96) 373 final de 24 de julio de 1996).

<sup>31</sup> El modelo de acoso construido sobre la base del acoso sexual se ha trasladado a otras modalidades de acoso en el entendimiento, parcialmente erróneo, de que compartían los mismos principios básicos, bienes jurídicos y objetivos. Para una interesante comparación entre los distintos tipos de acoso, RAVER, J. y NISHII, L.H., «Once, Twice,

sitúa en el marco tanto de las relaciones verticales como horizontales. No obstante, la referencia a «superiores» y «compañeros» parece excluir el acoso en relaciones verticales ascendentes, esto es, del inferior al superior, que es el resultado de asociar el acoso con dominación y no solamente con dominación jerárquica<sup>32</sup>.

La Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo contiene una primera conceptualización del acoso al afirmar que «la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta inaceptable si: a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma»<sup>33</sup>.

Esta definición se reproduce literalmente en el artículo 1 de la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, salvo porque su último apartado se reformula ampliado al establecer que «y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias,

---

or Three Times as Harmful? Ethnic Harassment, Gender Harassment, and Generalized Workplace Harassment», *Journal of Applied Psychology*, vol. 95, nº 2, 2010, pp. 236-254.

<sup>32</sup> Como explica Pérez Guardo, «Si en un primer momento tenía mayor protagonismo un discurso centrado en la noción del poder jerárquico, posteriormente se diluye y se considera que no es una condición indispensable para poder acosar sexualmente a alguien» (PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, p. 204). Así, «el chantaje sexual se genera cuando la persona tiene poder para generarlo, independientemente de la jerarquía; y el acoso ambiental lo pueden efectuar tanto superiores como compañeros/as, e incluso clientes» (*Ibidem.*, p. 206).

<sup>33</sup> Esta definición supone el reconocimiento de dos modalidades de acoso sexual: el chantaje sexual y el acoso ambiental (DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *loc. cit.*, pp. 108-109).

contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo». La diferencia entre ambos textos es mayor de lo que, en principio, aparenta por un doble motivo: la determinación del bien jurídico protegido y la tipología del acoso.

### A) *La determinación del bien jurídico protegido*

La Resolución del Consejo ofrece una noción de acoso en el contexto de la protección de la dignidad de la persona en la que, lógicamente, la dignidad constituye el bien jurídico principal objeto de esa protección<sup>34</sup>. Mientras, la Recomendación, aunque también versa sobre la dignidad, incorpora con ese simple añadido el principio de igualdad de trato que, a su vez, invoca el principio de no discriminación que, por su parte, constituye el bien jurídico protegido en la formulación originaria del acoso y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>35</sup>.

El hecho de que sean dos los bienes jurídicos objeto de esa protección – la dignidad y la no discriminación – no es, en principio, en la realidad, ni en apariencia, un problema y, de hecho, es el motivo que justifica la introducción de la llamada perspectiva de la bipolaridad o, incluso, multipolaridad, como alternativa a ciertos esquemas monolíticos empeñados en identificar un único bien jurídico en la tipificación del acoso. Esa dualidad plantea, sin embargo, un serio problema de orden teórico y conceptual: el acoso construido sobre la dignidad permite la formulación de un concepto autónomo, mientras que el acoso discriminatorio sólo admite una conceptualización introduciendo la perspectiva de la colectividad, por el método de la comparación y con la presencia de una motivación<sup>36</sup>. La opción por la dignidad, la no discrimi-

<sup>34</sup> TÓTH, M.A., «The Right to Dignity at Work: Reflections on Article 27 of the Revised European Social Charter», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, 2007-2008, pp. 275-316.

<sup>35</sup> ANAGNOSTOU, D y MILLNS, S., «Gender Equality, Legal Mobilization, and Feminism in a Multilevel European System», *loc. cit.*, pp. 115-131; TOBLER, C., «The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to Mangold Approach», *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2013, pp. 443-466; FRIEDMAN, G.S. y WHITMAN, J.Q., «The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity», *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, 2002-2003, pp. 241-274.

<sup>36</sup> Así, «Comparability in particular has proven to be an elusive concept. ... First, where the claim is one for equal (same) treatment, there is the need to find a comparator

nación o la combinación de ambas importa más de lo aparente por varios motivos.

En primer lugar, el principio de no discriminación traduce una perspectiva colectiva o grupal de los derechos frente a la dignidad que responde a una perspectiva esencialmente individualista. En segundo lugar, el principio de no discriminación obliga a operar siempre y necesariamente mediante el parámetro de la comparación, esto es, la identificación del trato diferenciado, mientras que la dignidad ofrece una protección jurídica individualizada de la persona. En tercer lugar, el principio de no discriminación exige un motivo o una causa, ya sea el sexo, la edad, la religión, la discapacidad, la raza, mientras que la ofensa a la dignidad no requiere una motivación de esa índole. En cuarto lugar, el principio de no discriminación no ofrece cobertura contra toda modalidad de acoso, sino sólo frente al acoso discriminatorio que se produce por referencia al colectivo y tras la apreciación de una diferencia de trato no justificada por el principio de proporcionalidad u otros<sup>37</sup>. Por último, la vulneración del principio de no discriminación constituye un atentado a la dignidad humana, mientras que una ofensa a la dignidad no implica necesariamente una afectación del principio de no discriminación.

En definitiva, no todo acoso es discriminación ni toda discriminación es acoso. Como explica Vicentine, «El acosador puede actuar sin atacar las con-

---

that is suitable for the purposes of the case at hand. Second, since by definition no two situations are in all respects the same, it will always be possible to find elements that distinguish them, and it will then be necessary to make a judgment on their legal relevance» (TOBLER, C., «The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to Mangold Approach», *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2013, pp. 461-462).

<sup>37</sup> En efecto, «While harassment based on conduct that does not have a sexual connotation can be unlawful under the anti-discrimination laws, a claim of actionable harassment under those laws requires a discriminatory motivation based on or a connection with one of the relatively narrow characteristics protected by those laws. Harassment for other reasons does not come within the scope of anti-discrimination laws and therefore cannot be pursued under those statutes» (LEROUGE, L. y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 111-112). En efecto, «harassment law in the United States developed from the anti-discrimination laws and harassment is generally actionable in the United States only if it is discriminatory» (*Ibidem.*, p. 114). En cambio, siguiendo a Lippel, «those countries where workers' right to dignity is consecrated in the Constitution, as in Spain and Chile, appear to provide more accessible remedies to targets of bullying» (LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, pp. 1-10).

diciones personales del trabajador, con el único objetivo de tornar el ambiente de trabajo insoportable y crear un entorno laboral hostil y degradante»<sup>38</sup>. Existe el acoso y existe, también, como manifestación, modalidad o tipología específica, el acoso discriminatorio, pero ello no debe conducir a una conceptualización del acoso diseñada sobre la base del acoso discriminatorio o directamente a la confusión entre ambos<sup>39</sup>, porque no es el único tipo de acoso, ni seguramente el principal<sup>40</sup>.

Aunque sea el bien jurídico protegido o uno de ellos, el acoso no ha de ser conceptualizado sobre la base del principio de no discriminación porque, como explica Ehrenreich, ese principio sería «el contexto en el que tiene lugar el daño del acoso», pero no «la naturaleza del daño del acoso»<sup>41</sup>. Como subraya asimismo Vickers, «the question to be determined is not whether the victim has been treated badly in comparison with someone of a different or race, but whether her dignity has been violated by the behavior»<sup>42</sup>. Hay, además, una relativa confusión

---

<sup>38</sup> VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>39</sup> En efecto, «actions based on anti-discrimination laws are limited and can only be commenced if there is a nexus between the bullying behavior and some form of discriminatory treatment such as gender and race discrimination or sexual harassment» (SQUELCH, J. y GUTHRIE, R., «The Australian Legal Framework for Workplace Bullying», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, p. 52).

<sup>40</sup> LEROUGE, L. y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 111-112.

<sup>41</sup> Siguiendo a Ehrenreich, «Scholarly discussion of sexual harassment tends to conflate two very different things: the nature of the harm of harassment, which is a dignitary harm, and the context in which the harm of harassment occurs, which is a context of discrimination. The excessive focus on the discriminatory context in which the workplace harassment of women occurs, which results from the heavy emphasis on Title VII, has tended to foster an essentialist conception of sexual harassment as a special «women's injury»; this conception, in turn, has fueled an antifeminist backlash against the very notion of sexual harassment. It is important to realize that workplace harassment, sexualized or nonsexualized, injures the dignitary interests of individual harassment victims, regardless of their sex and regardless of the sex of their harassers. The workplace harassment of women is wrong not because women are women, but because women are human beings» (EHRENREICH, E., «Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment», *loc. cit.*, pp. 3-4). Véase CLARKE, L., «Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms», *Common Law World Review*, vol. 36, 2007, pp. 79-105.

<sup>42</sup> VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *Cambridge Law Journal*, vol. 65, nº 3, 2006, p. 581; VICKERS, L., «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 12, nº 3, 2010, pp. 280-303.

entre conceptualización y calificación. El Parlamento Europeo, en su Resolución 2001/2339, de 20 de septiembre de 2001, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, lo califica como causa de discriminación. En las sucesivas directivas comunitarias primero se define sobre la base del principio de no discriminación y, después, a partir de la Directiva 2002/54/CE se define de modo autónomo y después se califica como discriminación. La cuestión es que hay que diferenciar dos operaciones que son naturalmente distintas: la definición de acoso como categoría jurídica autónoma y su calificación como acción discriminatoria o no en función de que constituya o no una lesión del principio de no discriminación.

### B) *La tipología del acoso*

La Resolución del Consejo y la Recomendación de la Comisión son ciertamente imprecisas en su formulación cuando hacen referencia a una «conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo» porque, en realidad, están mezclando dos modalidades de acoso también diferenciadas que son el acoso sexual y el acoso por razón de sexo<sup>43</sup>. Esa confusión se evidencia en mayor medida en el caso del acto de la Comisión al referirse a que «la conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo», circunstancia ésta que siempre se produce en el acoso por razón de sexo pero no necesariamente en el acoso sexual, que, a su vez, admite dos modalidades: el llamado *quid pro quo* o chantaje sexual y el acoso ambiental<sup>44</sup>. Ese desacierto se produce asimismo en las directivas europeas.

---

<sup>43</sup> La distinción entre ambos conceptos es esencial porque, según Vallejo, «el acoso sexual en cualquiera de sus manifestaciones (chantaje o acoso sexual ambiental) ha de tener un contenido sexual; de índole o naturaleza sexual, expresión que se utiliza en referencia a las conductas directa o indirectamente encaminadas a la consecución de una satisfacción de carácter carnal, mientras que el acoso por razón de sexo se refiere a cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, y no es lo mismo el contenido sexual que el contenido sexista». Dentro del concepto de «acoso relacionado con el sexo», Vallejo incluye tanto «el acoso moral por razón de sexo en sentido estricto —proceso de persecución y violencia ligado a cuestiones de sexualidad y sus implicaciones— y acoso moral por razón de género vinculado a las construcciones articuladas sobre estereotipos sociales» (VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Trabajo*, nº 17, 2006, pp. 62 y 57).

<sup>44</sup> Con el tiempo, el acoso sexual muestra una doble vertiente: el acoso ambiental y el chantaje sexual (PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso

El Código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual opta primero por un concepto amplio al definirlo como «la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo», que puede incluir «comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados» que, después, concreta al precisar que «hay un tipo amplio de comportamiento que puede ser considerado como acoso sexual y resulta inaceptable» reproduciendo íntegramente la fórmula utilizada en la Resolución del Consejo, a pesar de estar anexo a la Recomendación de la Comisión. Su característica más notoria radica en que es «indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo»<sup>45</sup>. El acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, que pueden tomar muy diversas formas, algunas más fácilmente identificables que otras.

Una caracterización similar del acoso se reproduce tiempo después en el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo de 8.11.2007<sup>46</sup>. No ha de extrañar en la medida en que el objetivo del Código de conducta es proporcionar una orientación práctica a los interlocutores sociales en esta materia de acoso. El Acuerdo Marco distingue entre el acoso que se produce «cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo» y la violencia que tiene lugar «cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo». Ambos comportamientos «pueden provenir de uno o

---

en España», *loc. cit.*, p. 205; HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 541; LEROUGE, L. y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 106-109; FRANKS, M.A., «Sexual Harassment 2.0», *Maryland Law Review*, vol. 71, nº 3, 2012, p. 663; SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, pp. 1686-1687).

<sup>45</sup> Siguiendo los términos del Código, la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

<sup>46</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 8 de noviembre de 2007, por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo (COM (2007) 686 final).

más directivos o trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil». No hay, en este caso, conexión alguna con el principio de no discriminación que, sin embargo, preside la actividad normativa desarrollada a través de las directivas europeas.

## 2. LA DEFINICIÓN DEL ACOSO EN LAS DIRECTIVAS DE LA UE

El principal desarrollo normativo en materia de acoso se materializa a partir del año 2000<sup>47</sup>. El análisis del concepto de acoso en las directivas comunitarias permite identificar dos etapas: una primera que se limita a definir el acoso discriminatorio por unos motivos concretos y una segunda que introduce la distinción entre acoso y acoso sexual.

### A) *El acoso discriminatorio*

En el año 2000 se adoptan sobre la base del artículo 13 del TCE las dos primeras directivas<sup>48</sup>: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>49</sup> y la Directiva 2000/78/

---

<sup>47</sup> Es fruto del impulso transmitido por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación (1999/C 369/03) (DO C 369 de 21.12.1999, pp. 3-9).

<sup>48</sup> Las directivas se enmarcan en la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO L 303 de 2-12-2000, pp. 23-28).

<sup>49</sup> DO L 180 de 19/07/2000 pp. 22-26. Además del objetivo de lucha contra la discriminación, hay una justificación económica. Como señala Brennan, «the prohibition of racial discrimination in labor has to effect is patterns of employment in the EU that maintain systems of cheap labor based on race or ethnicity» (BRENNAN, F., «The European Race Directive: A Bridge so Far?», en WALDEN, R. (ed.): *Racism and Human Rights*, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2004, p. 146). Véanse TOGGENBURG, G.N., «The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», *European Yearbook of Minorities Issues*, vol. 1, n° 2, 2001, pp. 231-244; EINWALTER, T.S., «Far, But not Far Enough: An Idealist Critique of the Racial Equality Directive», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 4, 2008, pp. 195-222; BRENNAN, F., «The Race Directive: Recycling Racial Inequality», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 5, 2002-2003, pp. 311-331; PATTEN, A., «Empty Human

CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>50</sup>. La no discriminación por el origen racial o étnico o por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación social son el objetivo respectivo de estas normas en las que se utiliza un mismo concepto de acoso.

Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE definen el acoso como una forma de discriminación en términos idénticos, aunque esta opción dista mucho de ser pacífica en la doctrina<sup>51</sup>. Según el artículo 2.3 de la primera<sup>52</sup>, «El aco-

---

Rights Lip Service: France's Roma Expulsions and the Failure of the European Union to Exercise its Racial Equality Directive», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 31, 2001, pp. 315-347; BELL; M., «Combating Racial Discrimination Through the European Employment Strategy», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6, 2003-2004, pp. 55-71.

<sup>50</sup> DO L 303 de 2-12-2000, pp. 16-22.

<sup>51</sup> Como explica Hippensteele, «In certain respects, sets of practices that discriminate against particular groups of people are unique from one another. Few would argue that discrimination based on race will look like discrimination based on religion, although there may certainly be some overlap» (HIPPENSTEELE, S.K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Myth to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, vol. 15, 2006-2007, p. 53). Así, «Legal principles derived from sexual harassment jurisprudence are presumed to be equally appropriate for racial harassment cases. The implicit assumption is that the social harms and public policy goals of racial harassment and sexual harassment are sufficiently similar to justify analogous scrutiny and remedies» (CHEW, P.K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *Oregon Law Review*, vol. 85, nº 3, 2006, pp. 615-616). Por otra parte, según Vickers, «such a unified approach has the virtue of simplicity, but on closer reflection, it may turn out to be unwise to try to treat all grounds of harassment in the same way» (VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 580). Una situación similar se plantea con la religión y las convicciones. Vickers explica que «the religious harassment is sufficiently different from other forms of harassment to warrant different treatment. In particular, both the role of intention and the question of who should judge whether offence is caused, might require different treatment in the case of religious harassment». En su opinión, «it is clear that using the same definition for religious harassment as for harassment on other grounds is inappropriate» (VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, pp. 580, 605 y 596). Así, por ejemplo, la relevancia del componente subjetivo en el acoso sexual y racial no se reproduce en el caso del acoso religioso porque en aquéllos y, sobre todo, en el primero, importa la percepción de la víctima y la intención del acosador. En el acoso sexual, «the real question is not whether the conduct is offensive, but whether it is welcome from a given individual. This is in contrast to other types of harassment based on racial, ethnic or religious characteristics where there is usually little difficulty in determining whether the conduct constitutes harassment because the conduct by its very nature is offensive» (HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 537).

<sup>52</sup> BRENNAN, F., «The European Race Directive: A Bridge so Far?», *loc. cit.*, p. 149.

so constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo»<sup>53</sup>. El artículo 2.3. de la segunda Directiva citada dispone exactamente lo mismo respecto de «un comportamiento no deseado» relacionado con la religión o convicciones<sup>54</sup>, la discapacidad<sup>55</sup>, la edad<sup>56</sup> o la orientación sexual<sup>57</sup>. En ambas disposiciones se procede a una definición del acoso discriminatorio que excluye su protección cuando carece de esa naturaleza y en ambas, también, se hace una remisión al derecho interno de los Estados al establecer que «podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro». La cuestión radica en determinar hasta qué punto esa previsión puede desembocar en una conceptualización diversificada o no uniforme en cada caso y hasta qué extremo esa definición nacional habría de ajustarse a la categoría comunitaria determinada sobre la base del principio de no discriminación<sup>58</sup>. Habría

---

<sup>53</sup> Como explican Chew y Kelley, «racial harassment is a particular form of racism and of harassment which occurs when individuals are intimidated, insulted, bullied, excessively monitored or otherwise harassed because of their race» (CHEW, P.K. y KELLEY, R.E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 27, 2006, pp. 55-57).

<sup>54</sup> VICKERS, L., «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *loc. cit.*, p. 281.

<sup>55</sup> CAMPBELL, M.A., «Disability Rights and the EU Labor Market: An Analysis of Legislation and Policy», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 6, 2010, pp. 231-264.

<sup>56</sup> BLACKSTONE, A., «Harassment of Older Adults in the Workplace», en BROWNELL, P. y KELLY, J.J. (eds.): *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer Science +Business Media, Dordrecht, 2013, pp. 31-47; MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», en DORON, I. y SODEN, A.M. (eds.): *Beyond Elder Law*, Springer Science +Business Media, Berlín, Heidelberg, 2012, pp. 57-97. Sobre la dimensión económica de este tipo de acoso y sobre las razones principales que lo explican entre los economistas, véase SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», en BROWN, K.B. y SNYDER, D.V. (eds.): *General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science + Business, 2012, pp. 423 y ss.

<sup>57</sup> SKIDMORE, P. «Improving the Position of Lesbians and Gay Men at Work in the Light of the Framework Directive for Equal Treatment in Employment», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, 2000-2001, pp. 425-455.

<sup>58</sup> La coexistencia del concepto europeo y de los nacionales no está exenta de problemas. En el caso de España, las definiciones de la Directiva 2002/73/CE no han tenido

sido preferible establecer un concepto genérico de acoso a nivel comunitario o simplemente a efectos de esas directivas.

En cualquier caso, aunque se traten como actuaciones discriminatorias, siguiendo a Vallejo, «ello no significa que se violente exclusivamente el derecho a la igualdad» porque el acoso sexista es un atentado a la dignidad y a la intimidad del trabajador y provoca la violación de otros tantos derechos

---

una transposición literal pero sí se ha hecho con las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE mediante la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social en su artículo 28 y la Ley 51/2003, sobre igualdad de oportunidad y no discriminación de las personas con discapacidad (GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, op. cit., pp. 59-60). Ese precepto, según Medeiros, «no menciona el acoso laboral relacionado con el sexo de la víctima, de manera que no incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2002/73/CE» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F.P., *El acoso laboral*, op. cit., pp. 99-100). El concepto de acoso laboral de la Ley 62/2003 presenta las mismas características que el concepto comunitario de acoso en lo que concierne a la inexigencia de un periodo de tiempo determinado, a la no necesidad de concreción de un daño efectivo y a la relativización de la intención o el *animis specialis* de la conducta acosadora (*Ibidem*. p. 100). Véase RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares, Granada, 2009. Por su parte, Sobrido González considera que la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que traspuso la Directiva 2002/73/CEE, «se aleja de la óptica jurídica de las Naciones Unidas y de la Unión Europea» porque, aunque asume los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo de las directivas comunitarias de referencia «posteriormente desvía la consideración de los referidos conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo hacia la protección de la salud laboral» (...) Y lejos de mantenerlos vinculados al derecho a la igualdad y a la no discriminación, los relaciona con el derecho a la intimidad y a la dignidad a través de la introducción de la nueva redacción del artículo 43.3.e del Estatuto de los Trabajadores» (SOBRIDO GONZÁLEZ, G. M., «La protección laboral de la violencia de género: Déficit y ventajas», loc. cit., pp. 10-11). Para Medeiros, existe una aparente contradicción entre los bienes jurídicos vulnerados según la Directiva 76/207/CEE con la nueva redacción introducida por la Directiva 2002/73/CE y los tutelados según el Estatuto de los Trabajadores (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F.P., *El acoso laboral*, op. cit., pp. 313 y ss). Sobre las distintas concepciones de acoso en los Estados miembros, véanse KAPLAN, J.F. «Help is on the Way: A Recent Case Sheds Light on Workplace Bullying», *Houston Law Review*, vol. 47, 2010-2011, pp. 141-173; SMARTT, U., «The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation», loc. cit., pp. 209 y ss.; SAGUY, A.C. «Employment Discrimination or Sexual Violence? Defining Sexual Harassment in American and French Law», *Law & Society Review*, vol. 34, n° 4, 2000, pp. 1091-1128; CLARKE, L., «Harassment, Sexual Harassment, and the Employment Equality (Sex Discrimination) Regulations 2005», *Industrial Law Journal*, vol. 35, n° 2, 2006, pp. 161-178; DE FAZIO, L., «The Legal Situation on Stalking among the European Member States», *European Journal of Criminal Policy Research*, vol. 15, 2009, pp. 229-242.

fundamentales como el derecho a la integridad moral, el derecho a la integridad física o, incluso, el derecho a la vida<sup>59</sup>. El problema estriba en que, tratándose de una conducta pluriofensiva, se formaliza jurídicamente sólo como una vulneración del principio de no discriminación<sup>60</sup>, lo que supone desconocer el resto de sus dimensiones a todos los efectos incluida, en particular, la reparación del daño que no se ha de cuantificar igual si hay un único o varios bienes jurídicos que han sido lesionados.

### B) *La distinción entre acoso y acoso sexual*

En 2002 se aprueba la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo<sup>61</sup>. Aun-

---

<sup>59</sup> VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *loc. cit.*, pp. 65-66.

<sup>60</sup> En efecto, «Las normas comunitarias conectan directamente el acoso con el trato discriminatorio; en este caso la noción de acoso discriminatorio no comprende aquellas conductas en las que no estén presentes el elemento relacional o grupal. Se trata de una conexión técnicamente poco rigurosa, aun cuando tiene la virtud de remitir la tutela frente al acoso moral a las técnicas de defensa frente a la discriminación en general. Esta noción de acoso requiere la individualización de una característica del trabajador afectado respecto a los demás, que sirva de elemento comparativo para desvelar el comportamiento discriminatorio. El atentado a la dignidad y la creación de un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo que define a esta noción de acoso (...), se debe producir necesariamente por un comportamiento vinculado a alguna condición personal del sujeto pasivo; (el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual); en cambio, para declarar probada una conducta de acoso moral en el trabajo, como atentado a la dignidad e integridad moral, no se requiere o se exige la existencia de un comportamiento relacionado con un determinado factor discriminatorio, y tampoco toda la conducta de acoso moral implica una discriminación» (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 91-92).

<sup>61</sup> DO L 269 de 5.10.2002, pp. 15-20. al del acoso laboral». Véanse ZIPPEL, K., «The European Union 2002 Directive on sexual harassment: A feminist success?», *Comparative European Politics*, vol. 7, n° 1, 2009, pp. 139-157 CLARKE, L., «Harassment, Sexual Harassment, and the Employment Equality (Sex Discrimination) Regulations 2005», *loc. cit.*, pp. 161-178; OWENS, J.M., MORGAN, J.F. y GOMES, G.M., «Implementing the EU's New Sexual Harassment Directive: Are Employers Entitled to a Defence?», *Journal of Individual Employment Rights*, vol. 11, n° 2, 2003-2004, pp. 89-110.

que son derogadas por la Directiva 2006/54/CE, con efectos desde el 15 de agosto de 2009, la Directiva 2002/73/CE incorpora dos cambios importantes en la construcción del acoso: por una parte, se introduce la distinción entre acoso y acoso sexual; y, por otra parte, ambos se «definen» como nociones autónomas e independientes del principio de no discriminación, aunque después se «califican» como discriminatorias y en consecuencia prohibidas.

Esa misma fórmula se repite en el artículo 2.c) y d) de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro<sup>62</sup>, en el artículo 2.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>63</sup> y en el artículo 3.c) y d) de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo<sup>64</sup>.

En esas disposiciones se incorporan dos conceptos de acoso. Por una parte, se define el «acoso» como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Por otra parte, se conceptúa «acoso sexual» como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»<sup>65</sup>.

Con carácter general, hay un cambio significativo de orientación respecto de la tipificación del acoso en las Directivas de 2000. El análisis de esta nor-

---

<sup>62</sup> DO L 373 de 21.12.2004, pp. 37-43.

<sup>63</sup> DO L 204 de 26.7.2006, pp. 23-36.

<sup>64</sup> DO L 180 de 15.7.2010, pp. 1-6.

<sup>65</sup> En esa nueva redacción se advierten dos elementos: el carácter subjetivo (indeseado) y el carácter objetivo (gravedad) cuyo propósito, según Medeiros, es «establecer la posibilidad de análisis tanto del elemento subjetivo (indeseado) como del elemento objetivo (gravedad) en la configuración del acoso». No se trata de privilegiar uno u otro sino de «permitir un análisis alternativo de los dos elementos en el caso concreto» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F.P., *El acoso laboral*, op. cit., pp. 264-265).

mativa permite extraer algunas conclusiones: en primer lugar, son dos conceptos distintos, el acoso y el acoso sexual, aunque, en realidad, el primero resulta ser una definición de «acoso por razón de sexo» más que un concepto de «acoso» en general; en segundo término, son dos conceptos autónomos y desvinculados en su formulación del principio de no discriminación; y, por último, tras esa definición con un contenido autónomo, todas las Directivas proceden a la calificación del acoso como una modalidad prohibida de discriminación<sup>66</sup>.

La definición del acoso en las directivas no responde a la realidad del acoso, que va más allá del acoso de naturaleza sexual, en particular, en el ámbito laboral, y ofrece una tipología en la que, bajo la apariencia de un concepto general y otro específico en materia sexual, en realidad, hay un concepto de acoso por razón de sexo y otro de acoso sexual. La definición del acoso en el ámbito de la administración comunitaria es indudablemente más acertada.

### 3. LA DEFINICIÓN DEL ACOSO EN LA NORMATIVA SOBRE FUNCIONARIOS Y AGENTES

Como argumenta Gimeno Lahoz, la administración «no sólo es el mayor caldo de cultivo de mobbing, sino que es donde menos progresos se han conseguido» hasta el extremo de que la protección es muy distinta en el marco de la empresa y en el ámbito público<sup>67</sup>. Como demuestran las estadísticas, «la

---

<sup>66</sup> El artículo 1 de la Directiva 2002/73/CE que modifica el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE, dispone que «El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán. El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte». La Directiva 2004/113/CE reproduce esa fórmula en su artículo 4.3, al igual que hace la Directiva 2010/41/UE en el artículo 4.2. En términos similares el artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE dispone que el concepto de discriminación incluirá «el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo».

<sup>67</sup> GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, op. cit., pp. 398 y 407. Según el autor, «el mobbing es directamente proporcional a la estabilidad en el empleo; y la máxima estabilidad en el puesto de trabajo es la que tienen los funcionarios. Consecuentemente, caldo de cultivo apropiado para que surja la presión laboral tendenciosa es la Administración, y así se destaca en todas las estadísticas realizadas al efecto» (*Ibidem.*, p. 422).

protección que tienen los funcionarios dentro de la Administración —aquéllos que tienen el mayor riesgo de padecerlo— es precisamente la más des-cuidada», de manera que, «de forma injustificada, es el sector más desprotegido frente al mobbing»<sup>68</sup>. En esa misma línea, Molina Navarrete advierte que se trata de «un auténtico dato institucionalmente relevante, porque representa una intolerable quiebra del Estado Social de Derecho, al hacer crecer hasta el extremo el riesgo de que permanezcan inactivos los instrumentos de lucha contra este rebrotar de la violencia social en el seno de las organizaciones públicas, cuando éstas deberían ser el ejemplo de respeto de los derechos básicos de las personas»<sup>69</sup>.

En el caso de la administración comunitaria, la situación parece diferente, al menos jurídicamente, si no lo es en términos prácticos, por un doble motivo: primero, la conceptualización del acoso es más completa y precisa en este ámbito; y, segundo, hay una extensa jurisprudencia que ha contribuido a la formulación de esta categoría jurídica mediante una progresiva objetivación de su concepto y una cierta tendencia a buscar la uniformidad de esta noción a nivel europeo. La acción normativa se desarrolla en una doble dirección a través de actos administrativos de orden interno y mediante la reforma de la normativa aplicable a funcionarios y agentes.

### A) *Los actos administrativos internos*

El 22 de octubre de 2003, la Comisión aprueba una Comunicación del Sr. Kinnock, miembro de la Comisión, relativa a la «Política en materia de acoso psicológico»<sup>70</sup>. Siguiendo la jurisprudencia, este tipo de actos tiene valor de directiva interna y es vinculante para la Comisión<sup>71</sup>. Según el punto 4.1.1,

<sup>68</sup> GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa (Mobbing)*, op. cit., pp. 422 y 509.

<sup>69</sup> MOLINA NAVARRETE; C., «La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias», en CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 236-237.

<sup>70</sup> Comunicación de 22 de octubre de 2003 relativa a la Política en materia de acoso psicológico en la Comisión [C(2003) 3644].

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, Louwage/Comisión, 148/73, Rec. p. 81, apartado 12; Sentencia de 1 de diciembre de 1983, Blomefield/Comisión, 190/82, Rec. p. 3981, apartados 20 y 21. Según el TFP, la Comunicación de 2003 sobre el acoso psicológico «tiene valor de directiva interna y es vinculante para la Comisión puesto que ésta no ha manifestado claramente su intención de no aplicarla me-

la política de lucha contra el acoso psicológico debe ser un instrumento de protección de las personas empleadas en el seno de la institución.

De acuerdo con los términos de la Comunicación de 2003, el fenómeno del acoso psicológico «se manifiesta de diversas formas y, en particular, por medio de: bromas pesadas, actitudes negativas, presiones, vejaciones, o incluso, negándose a que exista la comunicación, es decir, diversos comportamientos que, si se producen de manera puntual, aunque no sean aceptables, pueden parecer poco relevantes, pero cuya reiteración puede provocar graves perjuicios a la persona contra la que se dirigen». Precisa, además, que los comportamientos de que se trata «suponen un abuso de poder o una manipulación perversa» y «pueden ser llevados a cabo por un individuo o por un grupo de personas». Más que un concepto, es una caracterización y ejemplificación de algunos supuestos.

La particularidad de este documento se encuentra en el hecho de que, junto a esa difusa concepción del acoso psicológico, incorpora la noción de «sospecha de acoso psicológico». Esa aportación original, que no se encuentra en ningún otro caso, se deduce del punto 4.1.1, letra i) de la Comunicación de 2003, titulado «Medidas de urgencia» y de la interpretación del mismo realizada en la jurisprudencia. Según esa disposición, «Cuando exista la menor sospecha de acoso psicológico, podrán contemplarse medidas de alejamiento. Dichas medidas tendrán como finalidad separar a las partes de que se trate y no han de confundirse con la política de movilidad. (...) Al tratarse de medidas provisionales, el referido alejamiento no dependerá de la existencia de un puesto libre. Las medidas de alejamiento, que deben tener en cuenta la especificidad de cada situación, podrán ser inmediatas y, en caso necesario, definitivas. Tendrán por objeto permitir que la supuesta víctima pueda recuperarse ayudándola a tomar distancia con respecto al problema».

La interpretación realizada por el Tribunal de la Función Pública de esta disposición asocia la «sospecha de acoso psicológico» con una obligación a cargo de la Comisión de adoptar «medidas de alejamiento», incluso antes de llevar a cabo una investigación y de comprobar la realidad de las imputaciones de acoso<sup>72</sup>. Esa

---

dante una decisión motivada y detallada» (Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 131).

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 209. Según el Tribunal General, «se desprende con claridad que la única razón expuesta por el Tribunal de la Función Pública para concluir que la Comisión estaba obligada, en este caso, a adoptar una medida

«sospecha de acoso psicológico» se hace depender de la importancia y de la gravedad de los hechos alegados por la víctima<sup>73</sup>.

El 26 de abril de 2006, la Comisión adopta una Decisión relativa a la política en materia de protección de la dignidad de la persona y de lucha contra el acoso psicológico y el acoso sexual<sup>74</sup>, que sustituye a la Comunicación de 2003. En su punto 2.5 establece que, conforme al Estatuto, «sólo habrá acoso psicológico en la medida en que se considere que el comportamiento del supuesto acosador tenga carácter abusivo, intencional, reiterado, duradero o sistemático y que, por ejemplo, tenga por objeto desacreditar o rebajar a la persona de que se trate. Estos criterios son acumulativos». Poco antes se había reformado la normativa sobre funcionarios y agentes en esta materia.

### B) *La reforma normativa*

El Reglamento (CE, Euratom) n° 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas<sup>75</sup>, al igual que la Decisión 2004/676/CE del Consejo, de 24 septiembre 2004, relativa al Estatuto del personal de la Agencia Europea de Defensa<sup>76</sup>, incorporan un concepto propio de acoso psicológico y de acoso sexual.

El artículo 12bis introducido por el Reglamento y el artículo 13 de la Decisión establecen dos reglas básicas complementarias: por una parte, todo funcionario o agente se abstendrá de cualquier forma de acoso psicológico o sexual; y, por otra parte, ningún funcionario o agente que haya sido víctima de acoso psicológico o sexual podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución y, además, ningún funcionario o agente que haya facilitado

---

provisional de alejamiento era la existencia de una «sospecha de acoso psicológico», en el sentido de la Comunicación sobre el acoso psicológico» (Sentencia del Tribunal General (Sala de Casación) de 12 de julio de 2011, Asunto T-80/09 P, apartado 95).

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala de Casación) de 12 de julio de 2011, Asunto T-80/09 P, apartado 89.

<sup>74</sup> Decisión C (2006) 1264/3 de la Comisión, de 26 de abril de 2006, relativa a la política en materia de protección de la dignidad de la persona y de lucha contra el acoso psicológico y el acoso sexual en la Comisión.

<sup>75</sup> *DO L* 124 de 27.4.2004, p. 1.

<sup>76</sup> *DO L* 310 de 7.10.2004, p. 9.

pruebas de acoso psicológico o sexual podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución, siempre que haya actuado de buena fe<sup>77</sup>.

La aportación principal de estas normas reside en el hecho de diferenciar dos tipos de acoso, el psicológico y el sexual, que son manifestaciones reales y diferentes de ese fenómeno que, sin embargo, no se han formalizado igual en el marco de las directivas en materia de no discriminación a pesar de la magnitud del fenómeno del acoso moral y del acoso laboral. El apartado 3 dispone que por «acoso psicológico» se entenderá «cualquier conducta abusiva que se manifieste de forma duradera, reiterada o sistemática mediante comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos de carácter intencional que atenten contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona». Por su parte, el apartado 4 establece que por «acoso sexual» se entenderá «toda conducta de naturaleza sexual no deseada por la persona a la que vaya dirigida y que tenga por objeto o efecto herir su dignidad o crear un ambiente intimidatorio, hostil, ofensivo o molesto. El acoso sexual se considerará una discriminación por razón de sexo».

El análisis de estas disposiciones permite llegar a varias conclusiones: en primer lugar, se trata de conceptos autónomos no vinculados en su definición con el principio de no discriminación por lo que se aparta de la tipificación realizada en las primeras directivas, aunque el acoso sexual, como en las siguientes, se califica como una discriminación; en segundo lugar, opera sobre la base de una tipología, acoso sexual o psicológico, basada en la presencia o ausencia del componente sexual pero en la que no se distinguen las dos diferentes expresiones del primero, que son el acoso sexual en sentido estricto y el acoso por razón de sexo; en tercer lugar, la construcción del acoso se apoya en ambos casos en la naturaleza de la conducta —«abusiva» en el psicológico y «sexual» en el otro— y, a partir de ahí, varía en cada supuesto: por una parte, el acoso psicológico cuenta con sus propios elementos constitutivos relativos a la duración o al carácter reiterado o sistemático, la intencionalidad y la afectación de la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona, con independencia de la forma en la que se materialice la conducta acosadora; y, por su parte, el acoso sexual se sustenta en el carácter no deseado de la conducta y en su capacidad para producir como efecto una ofensa a

---

<sup>77</sup> El concepto de buena fe es interpretado por el TFP entendiendo que se deben tomar en consideración varios factores entre los que destaca la gravedad de las irregularidades, la autenticidad de la información, los medios utilizados y el móvil del informante (Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 25 de septiembre de 2012, Asunto F 41/10, Moisés Bermejo Garde c. CESE, apartados 134 a 138).

su dignidad o la generación de un ambiente intimidatorio, hostil, ofensivo o molesto. Para terminar, sólo aplica el calificativo de discriminatorio al acoso sexual cuando, en principio, no necesariamente todo acoso sexual habría de ser discriminatorio, mientras que, por otra parte, nada excluye que el acoso psicológico pueda tener una motivación discriminatoria.

Sin ser perfecta, la definición del acoso en esta normativa es considerablemente más precisa, rigurosa y completa que la realizada en el marco de las directivas. No ha estado tampoco exenta de problemas como demuestra la interpretación realizada en la jurisprudencia, abrumadoramente centrada en estas normas de naturaleza administrativa.

### III. EL CONCEPTO DE ACOSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Desde hace tiempo, la jurisprudencia europea en materia de prohibición de la discriminación por razón de sexo ha permitido articular una cierta protección frente al acoso sexual en el lugar de trabajo<sup>78</sup>. Pero realmente esa protección se desarrolla con la especificidad que exige la materia a partir de la adopción de normas específicas sobre acoso. El TJUE se ha tenido que ocupar mayoritariamente del acoso psicológico y sexual en el ámbito de la función pública. La jurisprudencia sobre las directivas en materia de no discriminación e igualdad de trato, que se materializa en numerosos asuntos, sólo muy excepcionalmente se ha ocupado del concepto de acoso. Ha ocurrido en el Asunto Coleman donde se determina el ámbito personal de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Hay también un caso singular en el Asunto T-333/99, X contra BCE, que da lugar a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2001, como consecuencia del estatuto particular del personal del BCE<sup>79</sup>, según lo previsto en el artículo

---

<sup>78</sup> VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *loc. cit.*, p. 64.

<sup>79</sup> Ello se justifica porque, como advierte el TPI, «la relación laboral entre las instituciones o los organismos comunitarios, incluido el BCE, y sus agentes que no son funcionarios, aunque es, ciertamente, de carácter contractual, se inscribe en el ámbito del cumplimiento por estos últimos de sus funciones de interés público y guarda, por tanto, gran semejanza con el vínculo estatutario entre el funcionario y su institución de manera que puede incluir, por esta razón, un régimen disciplinario» (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2001, Asunto T-333/99, apartado 68).

36.1 de los Estatutos del SEBC y de acuerdo con las condiciones de contratación de su personal. Sin hacer referencia a la normativa sobre acoso, en este asunto se discute sobre la legalidad del procedimiento disciplinario y del despido producido tras la resolución de ese expediente derivado de un supuesto de acoso sexual y psicológico siguiendo esa normativa sobre contratación y con escasas referencias al concepto de acoso<sup>80</sup>.

## 1. EL ACOSO DISCRIMINATORIO

El ámbito personal de aplicación de la prohibición de acoso de la Directiva 2000/78/CE ha sido interpretado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, en el Asunto C-303/06, Coleman, que tiene por objeto su transposición en el Reino Unido mediante las *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003*. La cuestión estriba en determinar si la actora puede invocar frente a su antiguo empresario la discriminación de la que considera haber sido objeto porque supuestamente fue víctima de un trato desfavorable relacionado con la discapacidad de su hijo<sup>81</sup>.

El contenido de los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78/CE permite afirmar al TJUE que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar no se circunscribe a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. En la medida en que la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, el principio de igualdad de trato consagrado en esta Directiva «no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma». Para el Tribunal, «corroboración esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad», así como el hecho de que en la Directiva haya otras disposiciones concretas que específicamente se refieren a la persona con discapacidad. Consecuentemente con ello, el Tribunal entiende que no puede interpretarse restrictivamente el alcance *ratione personae* de la Directiva y que la

---

<sup>80</sup> El Tribunal se limita a calificar como acoso determinadas actuaciones sin ofrecer aportaciones mayores a ese concepto (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2001, Asunto T-333/99, apartados 213, 214 y 215).

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2001, Asunto T-333/99, apartado 27.

prohibición de acoso que establecen «no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3»<sup>82</sup>.

## 2. EL ACOSO SEXUAL

La jurisprudencia sobre acoso sexual parte de un concepto formalista y rígido, apegado al tenor de los primeros actos genéricos adoptados por las instituciones europeas, para, poco después, avanzar en una línea de interpretación progresista objetivando la noción de acoso.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 1995, en el Asunto T-549/93, D contra Comisión, se fundamenta en el artículo 12 del Estatuto y en el anexo a la Recomendación 92/131 afirmando que los hechos del litigio son actos que atentan contra la dignidad de la función en el sentido del artículo 12 del Estatuto y constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones estatutarias y de las inherentes al ejercicio de sus funciones. Según el TPI, los hechos en cuestión se hallan comprendidos dentro del concepto de acoso sexual de la Recomendación 92/131 porque concurren sus tres elementos constitutivos, esto es, que «el comportamiento tenga una connotación sexual o se funde en el sexo, que se considere indeseable por parte de la persona que fue objeto del mismo, y que cree un clima de intimidación, hostilidad o humillación frente a la persona que ha sido objeto del mismo o que se le manifieste en el sentido de que tendrá para ella ventajas o inconvenientes profesionales según que lo acepte o lo rechace». El TPI entiende que la manifestación por parte de la víctima de que se trata de un comportamiento indeseable «sólo se requiere cuando los hechos imputados únicamente guardan relación con un mero interés sexual»<sup>83</sup>. Esta interpretación cambia en el Asunto Campogrande<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, Asunto C-303/06, Coleman, apartado 63.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 1995, Asunto T-549/93, D contra Comisión, apartados 76 y 77.

<sup>84</sup> El Asunto Campogrande da lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2002, en el Asunto C-62/01, emitida en el marco del recurso

En efecto, en el Asunto T-136/98, el TPI recurre en su argumentación a la Resolución del Consejo 90/C de 29 de mayo del Consejo, a la Recomendación de la Comisión 92/131, relativas ambas a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, así como al Código de conducta anexo a esta última, que lleva al TPI a las siguientes conclusiones sobre la noción de acoso: 1) un comportamiento con connotaciones sexuales puede ser calificado como acoso sexual, sin necesidad de que sea apreciada la gravedad de ese comportamiento por parte de la víctima; 2) la apertura de una investigación para determinar los hechos de una denuncia de acoso e imponer, en su caso, la correspondiente sanción no depende de la presentación de una prueba del daño material sufrido por la víctima, ni tampoco se puede hacer depender de la ausencia de una intención de humillar por parte de la persona denunciada; 3) la apertura de la investigación administrativa no requiere la demostración por parte de la víctima de que «indicó claramente a la persona que según ella le había acosado que su comportamiento era indeseado, cuando, aun suponiendo que haya sido demostrado, se trate de un comportamiento que una persona razonable del mismo sexo que el denunciante no considere como la mera manifestación de un interés sexual»<sup>85</sup>.

La objetivación del acto constitutivo de acoso sexual en la interpretación jurisprudencial realizada por el TPI es el resultado de la exclusión del elemento de intencionalidad del autor y de la exclusión, también, de la percepción de la víctima sobre la gravedad del comportamiento<sup>86</sup>, así como de la no exigen-

---

de casación interpuesto por la Sra. Campogrande contra la Sentencia del TPI (Sala Cuarta) de 5 de Diciembre de 2000, Asunto T-136/98, Anna Maria Campogrande contra Comisión.

<sup>85</sup> Sentencia del TPI (Sala Cuarta) de 5 de Diciembre de 2000, Asunto T-136/98, Anna Maria Campogrande contra Comisión (I-A- 270). El Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la Comisión había infringido el artículo 24 del Estatuto, así como la Resolución 90/C 157/02 del Consejo, de 29 de mayo de 1990 y la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991. Sin embargo, no acogió la alegación de que había existido acoso sexual, al calificar el comportamiento denunciado por la recurrente de «meros propósitos amistosos o simples coincidencias». Esa circunstancia y la ausencia de indemnización justifican el recurso de casación planteado por la víctima que es desestimado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de abril de 2002, en el Asunto C-62/01. Sobre el parámetro «persona razonable», véase PESTA, B.J., HRIVNAK, M.W. y DUNEGAN, K.J., «Parsing Work Environments Along the Dimensions of Sexual and Non-sexual Harassment: Drawing Lines in Office Sand», *Employ Responds Rights Journal*, vol. 19, 2007, pp. 45-55.

<sup>86</sup> Es importante reconocer «the gap between objective and subjective perceptions of harassment» (WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B. y HUNTLEY, A., «I'm not thinking

cia de presentación de pruebas sobre el daño material sufrido y sobre la oposición mantenida frente a la conducta acosadora, esto es, la manifestación de que es una conducta no deseada<sup>87</sup>. Esta última aportación jurisprudencial es singularmente apreciable. Según Medeiros, el requisito del «carácter no deseado» ha sido «impropiamente utilizado en la normativa comunitaria para referirse al acoso sexual, puesto que la ilicitud de esta infracción no se consuma con el rechazo de la víctima, sino con el acto en sí mismo ofensivo para la moral social colectiva»<sup>88</sup>. Es cierto que, como advierte Pérez Guardo, la percepción de la persona acosada se justifica porque «una conducta determinada no es ofensiva intrínsecamente, lo es en la medida que genera molestia para quien la recibe». Pero, por otra parte, también es verdad que «el dimensionamiento exclusivamente a través de la experiencia subjetiva encierra dos peligros. Uno es la voluntad de ocultamiento y otro es la normalización de las conductas»<sup>89</sup>. Por ello, la relativización jurisprudencial del requisito normativo del «carácter no deseado» ha de ser valorada positivamente.

### 3. EL ACOSO MORAL O PSICOLÓGICO

La jurisprudencia europea ha servido para interpretar y precisar el concepto de acoso psicológico, en particular, mediante la exclusión de la intencionalidad y la progresiva objetivación de esta noción en el ámbito europeo.

---

of it as sexual harassment. Understyaning Harassment across Race and Citizenship», *loc. cit.*, p. 87).

<sup>87</sup> Sobre el componente de «conducta no deseada» en la definición de acoso, es cierto que «the issue of the welcomeness of harassing behaviour is rarely litigated with respect to other types of discriminatory harassing conduct. Curiously, the courts generally have no difficulty concluding that racially or ethnically demeaning conduct is presumptively—or even conclusively—unwelcome, but they have often had difficulty recognizing that sexually denigrating conduct—including gender slurs and hostile gender-related conduct—is also unlikely to have been welcomed by the target of that conduct» (LEROUGE, L. y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 108-109).

<sup>88</sup> MEDEIROS DE OLIVEIRA, F.P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>89</sup> PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, pp. 206 y 215.

### A) *Concepto de acoso psicológico*

Según el TFP, el acoso moral se definía, antes de la entrada en vigor del artículo 12 bis del Estatuto de los funcionarios<sup>90</sup>, como un comportamiento conducente, objetivamente, a desacreditar a un funcionario o deteriorar deliberadamente sus condiciones de trabajo<sup>91</sup>. Tras esa reforma, la jurisprudencia ha sido constante al interpretar el concepto de acoso sobre la base del artículo 12 bis, apartado, 3 del Estatuto.

Siguiendo esa jurisprudencia, el artículo 12bis, apartado 3, del Estatuto «define el acoso moral como una «conducta abusiva» que precisa, para que pueda apreciarse su existencia, que concurren dos requisitos acumulativos. El primero, se refiere a la existencia de comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos que se manifiesten «de forma duradera, reiterada o sistemática», lo que implica que el acoso moral debe entenderse como un proceso que se inscribe necesariamente en el tiempo y que supone la existencia de acciones reiteradas o continuadas y que son «de carácter intencional». El segundo requisito acumulativo, unido al primero por la conjunción coordinante «y», exige que estos comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos tengan como resultado atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona». Ahora bien, como advierte el Tribunal, el adjetivo «intencional» se refiere al primer requisito y no al segundo, lo que permite extraer una doble conclusión: las acciones en cuestión deben presentar un carácter voluntario y han de ser cometidas con la intención de atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona»<sup>92</sup>.

El Tribunal exige, pues, la voluntariedad del acto pero no una determinada intencionalidad, cambiando con ello una línea jurisprudencial iniciada por el TPI

---

<sup>90</sup> Ese artículo es incorporado por el Reglamento (CE, Euratom) n° 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas (*DO L* 124 de 27.4.2004, p. 1).

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 2 de diciembre de 2008, Asunto F-15/07, K contra Parlamento Europeo, apartado 37.

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 25 de septiembre de 2012, Asunto F-41/10, Moisés Bermejo Garde, contra CESE, apartado 82; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 9 de marzo de 2010, Asunto F-26/09, N contra Parlamento Europeo, apartado 72; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F-52/05, Q contra Comisión, apartados 134 y 135.

antes de la entrada en vigor del artículo 12 bis, apartado 3, del Estatuto y erróneamente mantenida en algún asunto posterior<sup>93</sup>. En la nueva situación creada tras esa reforma, hay una cierta objetivación del acoso porque, según su interpretación, «puede haber acoso psicológico en el sentido del artículo 12 bis, apartado 3, del Estatuto sin que el acosador haya pretendido, mediante sus acciones, desacreditar a la víctima o degradar deliberadamente sus condiciones de trabajo. Basta tan sólo con que sus acciones, siempre y cuando fueran realizadas voluntariamente, hayan dado objetivamente lugar a las referidas consecuencias»<sup>94</sup>. La cuestión no es baladí porque el artículo 12 bis en su apartado 3 utiliza expresamente la fórmula «carácter intencional» y porque, efectivamente, incluso en una sentencia posterior a la entrada en vigor de esa disposición, el TPI seguía exigiendo que el comportamiento debía presentar objetivamente un carácter intencional para ser calificado como acoso<sup>95</sup>.

### B) *La exclusión de la intencionalidad*

La exclusión del componente de intencionalidad se justifica jurisprudencialmente por varios motivos atinentes, el primero, al propio tenor de la norma y, los tres siguientes, a un análisis comparado de esa norma con otras disposiciones sobre la materia: la Directiva 2000/78/CE, el apartado 4 del artículo 12 bis relativo al acoso sexual y la Decisión de la Comisión de 2006 sobre acoso psicológico.

En primer lugar, según el Tribunal, ninguna de las versiones lingüísticas del artículo 12 bis, apartado 3, del Estatuto establece la intención malévola

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F-52/05, Q contra Comisión, apartado 140.

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 26 de febrero de 2013, Asunto F 124/10, Vassiliki Labiri contra CESE, apartados 65-68; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 25 de septiembre de 2012, Asunto F-41/10, Moisés Bermejo Garde contra CESE, apartado 83; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de marzo de 2010, Asunto F-26/09, N contra Parlamento Europeo, apartado 72; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F-52/05, Q contra Comisión, apartado 135.

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 25 de octubre de 2007, Asunto T-154/05, Carmela Lo Giudice contra Comisión, apartados 82 y 83. Ese requisito se venía exigiendo sobre la base de la normativa previa a la revisión del Estatuto, tal y como subraya el TPI en varias ocasiones desde la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de febrero de 2001, Asunto T-7/98, De Nicola contra BEI, apartado 286.

del autor como elemento necesario para calificar el comportamiento como acoso, circunstancia ésta que, por otra parte, de exigirse, privaría de todo efecto útil a dicha disposición por lo difícil que resultaría la prueba de esa intención<sup>96</sup>. Si esto último es cierto o es, en todo caso, una interpretación finalista aceptable de la norma, no lo es menos que la disposición en cuestión se refiere al «carácter intencional» de los comportamientos y lo que no aparece en ninguna de las versiones es el calificativo «malévola».

En segundo término, una interpretación del artículo 12 bis, apartado 3, exigiendo la presencia de una intención malévola no se corresponde con la definición de acoso de la Directiva 2000/78/CE porque en su artículo 2.3 establece expresamente que el comportamiento tenga como «objetivo o consecuencia» atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo<sup>97</sup>. Aunque en la sentencia se desarrolla esta argumentación sobre el principio de protección judicial adecuada y la dificultad de probar la intencionalidad<sup>98</sup>, la redacción de la disposición de la Directiva no deja lugar a dudas cuando utiliza precisamente esa conjunción, porque implica que habrá acoso cuando el comportamiento tiene ese objetivo «o» cuando el comportamiento tiene esa consecuencia, incluso, por supuesto, sin que haya sido ése su objetivo o su intención.

En tercer lugar, según el Tribunal, esta interpretación del artículo 12 bis, apartado 3, del Estatuto no se ve afectada ni queda desvirtuada por las disposiciones del artículo 12 bis, apartado 4, primera frase, del Estatuto, relativas al acoso sexual. El concepto de acoso sexual del apartado 4 del artículo 12 bis incorpora, en términos similares a la Directiva, la exigencia de que la

---

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartados 133 y 136; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013, Asunto F 46/11, Marie Tzirani contra Comisión Europea, apartados 52 a 56; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 26 de febrero de 2013 Asunto F 124/10, Vassiliki Labiri contra Comité Económico y Social Europeo (CESE), apartados 65-68.

<sup>97</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 138.

<sup>98</sup> Según el Tribunal, «dicha protección no podría asegurarse si el acoso psicológico tan sólo se refiriese a comportamientos que hubiesen tenido como objetivo atentar contra la personalidad de una persona, habida cuenta de las grandes dificultades con las que se enfrenta la víctima de un comportamiento dirigido de forma intencionada a acosarle psicológicamente a la hora de probar la realidad de dicha intención y el móvil que dio lugar a dicha intención» (Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 138).

conducta tenga por «objeto o efecto» herir la dignidad de la víctima o crear un ambiente intimidatorio, hostil, ofensivo o molesto, que, sin embargo, no aparece en el apartado 3 relativo al acoso psicológico. Pero la constatación de esa diferencia entre ambas normas no permite inferir que el acoso psicológico requiera la presencia de ese objeto o esa intención<sup>99</sup>.

Por último, la comparación entre el artículo 12 bis, apartado 3, y la Decisión de la Comisión de 2006 sobre el acoso psicológico se explica porque en su definición se incluye la expresión «intencional» y se dispone que el comportamiento «tenga por objeto» desacreditar o rebajar a la víctima<sup>100</sup>. En este caso el Tribunal utiliza dos argumentos: primero, advierte que la Decisión reza literalmente «que, por ejemplo, tenga por objeto desacreditar o rebajar» lo que implica que es un supuesto ilustrativo y no un elemento constitutivo del acoso psicológico; y segundo, invoca el efecto útil de la disposición para excluir definitivamente la exigencia de intencionalidad<sup>101</sup>.

Esa interpretación conduce a la objetivación del acoso psicológico que es otra de las características de su definición jurisprudencial en la línea de lo ocurrido en materia de acoso sexual.

### C) *La objetivación de la noción de acoso psicológico*

La jurisprudencia ha contribuido a la objetivación de la noción de acoso psicológico por una triple vía: la exclusión de la intencionalidad —a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior por haberse discutido sobre su condición de elemento constitutivo del acoso—, la relativización del valor de la percepción de la víctima y la identificación del acoso como una realidad objetiva.

La percepción de la víctima no constituye un criterio absolutamente determinante en la identificación del acoso. A diferencia del acoso sexual que incluye entre sus componentes el carácter «no deseado» de la conducta en cuestión —que también se ha atemperado por el Tribunal— y que tenga por «objeto o efecto herir su dignidad», el concepto de acoso psicológico del ar-

---

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartados 142, 143 y 144.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 145.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 146.

título 12 bis, apartado 3, no contiene entre sus elementos expresión alguna que permita deducir la necesidad de una comprensión similar por parte de la víctima. El TFP considera que «la existencia de acoso moral no depende de la percepción subjetiva que la víctima haya podido tener de los hechos sino de la aportación de un conjunto de elementos que permitan demostrar que ha sufrido un comportamiento dirigido objetivamente a desacreditarle o a deteriorar deliberadamente sus condiciones de trabajo<sup>102</sup>. Según el TFP, la sensación de la persona que dice ser víctima de acoso psicológico es un elemento importante, pero dicha sensación debe, no obstante, tener carácter objetivo<sup>103</sup>. Ello no implica desconocer la opinión o el interés de la víctima, sino buscar una objetivación de los hechos que corresponda con la definición del acoso psicológico.

El interés de la víctima ha sido objeto de especial protección en la jurisprudencia. Según el Tribunal, el interés en la acción judicial permanece porque «tratándose de un tema tan grave como el acoso psicológico, debe admitirse que la presunta víctima de tal acoso, que recurre judicialmente la negativa de la institución a estimar su solicitud de asistencia, conserva (...) el interés exigido por la jurisprudencia como requisito de admisibilidad de un recurso». Esa solución se impone «por la propia gravedad de los hechos de acoso psicológico, hechos que pueden tener efectos sumamente destructivos en el estado de salud de la víctima (...)»<sup>104</sup>. El interés en la acción perdura «incluso cuando los hechos alegados han cesado o el demandante no solicita ni la reparación (...) ni la incoación de un procedimiento disciplinario (...) ni la anulación de alguno de los actos (...), ya que el posible reconocimiento por la administración de la existencia de un acoso psicológico puede por sí mismo tener un efecto beneficioso en el proceso terapéutico de restablecimiento de la persona acosada»<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Tercera), de 29 de marzo de 2007, Asunto F 31/05, Michael Cwik contra Comisión de las Comunidades Europeas, apartados 94 y 95.

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2012, Asunto F 43/10, Maria Concetta Cerafoli contra BCE, apartados 171 y 203.

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Tercera), de 16 de mayo de 2012, Asunto F 42/10, Carina Skareby contra Comisión Europea, apartados 31 y 32.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 26 de febrero de 2013, Asunto F 124/10, Vassiliki Labiri contra CESE, apartados 56 y 57. En ese sentido, en concreto, la circunstancia de que la supuesta víctima haya pasado a situación de jubilación antes de interponer el recurso no le priva del interés en la acción (Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2013, Fajta contra Comité Económico y Social europeo, Asunto F-92/11, apartado 55).

La calificación de acoso psicológico se supedita al requisito de que «revisada una realidad objetiva suficiente, en el sentido de que un observador imparcial y razonable, dotado de una sensibilidad normal y que se encuentre en las mismas condiciones, lo consideraría excesivo y criticable»<sup>106</sup>. Con ello se traslada el foco del acoso desde el «reasonable victim standard to the respectful person standard»<sup>107</sup>. El Tribunal entiende que «en el contexto de un recurso relativo a un supuesto acoso psicológico el juez de la Unión debe considerar todo el contexto fáctico pertinente porque, incluso, el propio ascenso de un funcionario no excluye su condición de víctima si esa circunstancia se produjo en contra de la opinión del supuesto acosador»<sup>108</sup>. Hay también, en este punto, una cierta objetivación derivada de la exigencia de duración de las conductas o comportamientos. Aunque el artículo 12 bis, apartado 3, utiliza la fórmula «duradera, reiterada o sistemática», que ofrece esas diferentes opciones para su evaluación, el TFP considera que «el acoso psicológico debe entenderse como un proceso que necesariamente se inscribe en el tiempo y que supone la existencia de acciones reiteradas o continuadas»<sup>109</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El proceso de articulación normativa del acoso en la UE ha conducido a la inexistencia de un concepto único o uniforme de acoso. El concepto varía en función de su tipificación en el ámbito social y laboral o en el marco de la administración comunitaria. En el primer caso, el acoso tiene carácter discriminatorio o puede ser un atentado al principio de no discriminación y a la dignidad. En el ámbito de la administración, se concibe en mayor medida como una lesión a la dignidad o a las funciones propias del funcionario o agente y sólo se predica su naturaleza discriminatoria respecto del acoso

---

<sup>106</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Tercera), de 16 de mayo de 2012, Asunto F 42/10, Carina Skareby contra Comisión Europea, apartado 65; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013, Asunto F 46/11, Marie Tzirani contra Comisión Europea, apartado 56.

<sup>107</sup> RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *loc. cit.*, pp. 399-400.

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2013, Faita/CESE, Asunto F-92/11, apartado 89.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera), de 9 de diciembre de 2008, Asunto F 52/05, Q contra Comisión, apartado 132.

sexual. En este caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 bis, apartados 3 y 4, del Estatuto de funcionarios y agentes, se opera con un concepto de acoso moral o psicológico y con un concepto de acoso sexual que, a su vez, no marca la diferencia entre acoso sexual en sentido estricto o acoso por razón de sexo. En el ámbito laboral y social, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE establecen un concepto de acoso discriminatorio, por motivos concretos, con el carácter de no deseado y el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A partir de la Directiva 2002/73/CE y en las siguientes —Directivas 2004/113/CE, 2006/54/CE y 2010/41/UE— se opera con los conceptos de acoso y acoso sexual, aunque el primero, en realidad, es el acoso por razón de sexo, pero definidos primero de modo autónomo y, después, calificados como actos discriminatorios.

El resultado de ese proceso es que hay una variedad excesiva, incomprensible e injustificada de conceptos: 1) un concepto de acoso psicológico en el artículo 12 bis, apartado 3, del Estatuto; 2) un concepto de acoso sexual que no distingue entre esta modalidad en sentido preciso y el acoso por razón de sexo y que se califica como discriminatorio en el artículo 12 bis, apartado 4, del Estatuto; 3) un concepto de acoso discriminatorio por motivos de raza o etnia en el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE; 4) un concepto de acoso discriminatorio por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE que, paradójicamente, plantea problemas por ser idéntico a la noción de acoso racial; 5) un concepto de acoso que, en realidad, es acoso por razón de género definido de forma autónoma y calificado después como modalidad de discriminación que se introduce en la Directiva 2002/73/CE para modificar el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE y se reproduce en el artículo 2.c) de la Directiva 2004/113/CE, en el artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE y en el artículo 3.c) de la Directiva 2010/41/UE; 5) un concepto de acoso sexual definido de forma autónoma y calificado después como modalidad de discriminación que se introduce en la Directiva 2002/73/CE para modificar el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE y se reproduce en el artículo 2.d) de la Directiva 2004/113/CE, en el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE y en el artículo 3.d) de la Directiva 2010/41/UE. A ello se suman los conceptos incluidos en la Resolución del Consejo de 1990, en la Recomendación de la Comisión, en el Código de Conducta y en el Acuerdo Marco Europeo.

No termina con ello la problemática conceptual del acoso porque las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, en sus respectivos artículos 2.3, disponen

que «podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro». Ello implica que coexistan los conceptos nacionales y europeos. La cuestión estriba en determinar el margen de apreciación que pueden tener los Estados cuando la norma comunitaria ya define un concepto de acoso y, en la mayor parte de los casos, lo califica como discriminatorio. Habrá que entender que, en el ámbito competencial europeo, la noción de acoso que haya sido definida es el marco conceptual de elaboración de los conceptos nacionales, mientras que, en los ámbitos competenciales propios de los Estados, hay mayor discrecionalidad en cuanto a la definición del acoso.

En cualquier caso, esta situación difícilmente puede contribuir a la claridad, coherencia y rigurosidad en la comprensión y el tratamiento de esta categoría jurídica. La jurisprudencia ha contribuido en una cierta, aunque limitada, medida a la conceptualización del acoso centrándose, prácticamente en términos absolutos, en el ámbito de la administración europea y, sobre todo, en el acoso moral o psicológico. La objetivación del concepto de acoso es la coordinada principal y característica de esa jurisprudencia.

En el caso del acoso sexual, ese proceso de objetivación es el resultado de cuatro principios básicos: la eliminación del componente de intencionalidad del autor, la exclusión de la percepción de la víctima sobre la gravedad del comportamiento, la no exigencia de presentación de pruebas sobre el daño material sufrido y la flexibilización de la obligación de demostrar la oposición mantenida frente a la conducta acosadora, aflojando con ello el requisito «no deseada» que se predica de esa conducta en el concepto normativo de acoso sexual.

En el caso del acoso psicológico, el proceso de objetivación de esa noción se ha producido por una triple vía: la exclusión de la intencionalidad del autor, la relativización del valor de la percepción de la víctima y la identificación del acoso como una realidad objetiva para cualquier observador imparcial y razonable. Una aportación fundamental de esta jurisprudencia ha sido, además, iniciar el camino hacia una interpretación del acoso integradora y conciliadora de los distintos conceptos y de las diferentes normas existentes al respecto en el marco de la UE.

A pesar de ello, la superación del despropósito conceptual característico del acoso no puede ni debe ser obra del TJUE. La gravedad y la magnitud crecientes y contrastadas de este fenómeno exigen una acción normativa europea dirigida a definir un único concepto de acoso como categoría jurídica autónoma y genérica a partir del cual identificar y reformular las distintas modalidades, ti-

pos o especies de acoso en el ámbito social, laboral y de la administración. Esa operación es necesaria, además, por dos motivos impuestos por la propia evolución del acoso: 1) el modelo original de acoso monolítico y unidireccional en la definición de su objeto ha dado paso a la perspectiva de la interseccionalidad capaz de asumir la presencia y la combinación de varios motivos de acoso; y 2) la determinación del bien jurídico protegido, circunscrita inicialmente al principio de no discriminación, se ha visto igualmente superada por su calificación como acción pluriofensiva incorporando el paradigma de la multipolaridad capacitado para trasladar la pluralidad de bienes jurídicos protegidos mediante la prohibición del acoso. El acoso se muestra, en efecto, como un fenómeno diverso y complejo en sus numerosas y variadas manifestaciones y en un problema cuya realidad y gravedad exige una acción más completa, rigurosa y efectiva en el marco de la UE.

#### EL CONCEPTO DE ACOSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

**RESUMEN:** El acoso es una categoría jurídica relativamente novedosa que se incorpora en el marco de la UE a partir de la década de los años ochenta y es objeto, desde entonces, de un continuo proceso de definición y reformulación. Ese proceso se inicia con la adopción de algunos actos normativos del Consejo y de la Comisión que introducen una concepción amplia y poco precisa del acoso. El concepto normativo de acoso se define a partir del 2000 por una doble vía: por una parte, las directivas europeas establecen un concepto de acoso y otro de acoso sexual; y, por otra parte, la normativa sobre funcionarios y agentes ofrece un concepto de acoso psicológico y otro de acoso sexual. La definición jurisprudencial ha conducido hacia una progresiva objetivación de la noción de acoso y hacia una interpretación conciliadora de los distintos conceptos normativos. A pesar de ello, la ausencia de un concepto normativo único o uniforme de acoso constituye un serio y grave obstáculo para garantizar una protección jurídica eficaz frente a ese fenómeno.

**PALABRAS CLAVE:** Acoso; No discriminación; Dignidad; Tipología; Normativa europea; Jurisprudencia; Intencionalidad; Objetivación.

#### THE CONCEPT OF HARASSMENT IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

**ABSTRACT:** Harassment is a relatively new legal category that is incorporated into the framework of the EU since the early eighties and, since then, it is the subject since then of a continuous process of defining and reformulation. That process begins with the

adoption of some legislative acts of the Council and the Commission that introduce a broad and imprecise concept of harassment. The normative concept of harassment is defined from 2000 through two channels: first, EU directives establish a concept of sexual harassment and other of harassment; and second, European officials and servants legislation provides a concept of psychological harassment and other of sexual harassment. The jurisprudential definition has led to a progressive objectivation of the concept of harassment and towards a conciliatory interpretation of the various normative concepts. However, the absence of a single or uniform concept is a serious and grave obstacle to ensure effective legal protection against this phenomenon.

**KEY WORDS:** Harassment; Discrimination; Dignity; Typology; European legislation; Jurisprudence; Intent; Objectivation

### LA NOTION DE HARCÈLEMENT DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

**RÉSUMÉ:** Le harcèlement est une nouvelle catégorie juridique qui a été incorporée dans le cadre de l'UE depuis le début des années quatre-vingt et qui a fait l'objet depuis lors d'un processus permanent de définition et de reformulation. Ce processus commence par l'adoption de certains actes législatifs du Conseil et la Commission qui ont adopté une conception large et imprécis du harcèlement. Le concept normatif de harcèlement est défini à partir de 2000 de deux manières: d'abord, les directives successives de l'UE établissent un concept de harcèlement sexuel et un concept de harcèlement; et d'autre part, la normative européenne sur les fonctionnaires et agents prévoit une notion de harcèlement psychologique et une autre de harcèlement sexuel. La définition jurisprudentielle a conduit à une objectivation progressive de la notion de harcèlement et à une interprétation conciliatrice des différents concepts normatifs. Cependant, l'absence d'un concept unique ou uniforme est un obstacle sérieux et grave, afin d'assurer une protection juridique efficace contre ce phénomène.

**MOTS CLÉS:** Harcèlement; Discrimination; Dignité; Typologie; Législation européenne; Jurisprudence; Intention; Objectivation.

LA CIUDADANÍA EUROPEA EN VENTA.  
EL PROGRAMA DE VENTA DE LA NACIONALIDAD  
MALTESA: ¿UNA BRECHA EN EL PRINCIPIO  
DE COOPERACIÓN LEAL EN EL ÁMBITO  
DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN?

SERGIO CARRERA NÚÑEZ  
y GUAYASÉN MARRERO GONZÁLEZ\*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES DE LA POLÉMICA: PASAPORTES COMUNITARIOS EN VENTA
- III. LA REACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS
- IV. PROGRAMAS DE NATURALIZACIÓN PARA INVERSORES EN LA UE: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

---

\* Sergio Carrera Núñez es Investigador Senior y Jefe de la Sección de Justicia y Asuntos de Interior en el Centro de Estudios Políticos Europeos (CEPS) en Bruselas. Guayasén Marrero González es Investigador doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos) y becario del Programa Europa de la *Fundació La Caixa*. Los autores desean expresar su agradecimiento a la Prof. Elspeth Guild por sus comentarios y sugerencias sobre los primeros borradores de este estudio. Dicho agradecimiento debe extenderse igualmente al Prof. René de Groot (Universidad de Maastricht) y a la Prof. Aurelia Álvarez Rodríguez (Universidad de León) por los valiosos comentarios al borrador. Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto ILEC (Pérdida involuntaria de la Ciudadanía Europea), que es coordinado de manera conjunta entre la Sección de Justicia y Asuntos de Interior del CEPS y la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht. Para obtener más información sobre el proyecto visite: [www.ilecproject.eu](http://www.ilecproject.eu). Las referencias a textos en inglés son traducción propia de los autores.

- V. BASES LEGALES DE LA INTERVENCIÓN DE LA UE: PRINCIPIOS POSNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NACIONALIDAD
  - 1. NORMATIVA LEGAL SUPRANACIONAL Y PRINCIPIOS EMANADOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.
  - 2. LA REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN LEAL.
  - 3. COOPERACIÓN LEAL, NACIONALIDAD Y VÍNCULO EFECTIVO.
- VI. CONCLUSIONES
- VII. ANEXOS

## I. INTRODUCCIÓN

El denominado programa de venta de la nacionalidad maltesa atrajo, desde su introducción en la legislación de aquél país a finales de 2013, una gran atención. El anuncio de una reforma de la ley reguladora de la nacionalidad maltesa a través de la cual se introducía un programa de naturalización para inversores con la finalidad de vender la nacionalidad de Malta provocó numerosos debates tanto a nivel nacional como europeo. Cualquier extranjero que realizara una donación al Estado o invirtiera una cantidad sustancial de capital en el país, sin ningún otro requisito adicional, podía adquirir la nacionalidad de Malta. Este caso presenta una evidente dimensión europea. Lo que las autoridades de Malta pretendían con este programa era no sólo la venta de su propia nacionalidad sino también de la ciudadanía de la Unión. En los debates en torno a la adecuación de la iniciativa maltesa surgió una cuestión muy importante: el fundamento legal de una eventual intervención de las instituciones europeas, y en particular de la Comisión Europea, para evitar que el gobierno de Malta aprobara el programa de venta de su nacionalidad.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea (UE), este caso presenta no pocas complicaciones. Las cuestiones relacionadas con la adquisición y pérdida de la nacionalidad se han mantenido dentro del ámbito de competencias exclusivas de los Estados miembros. De hecho, en el reparto de competencias entre los Estados miembros y la UE, el control de las leyes reguladoras de la nacionalidad es uno de los poderes que los Estados miembros guardan con mayor recelo. Nadie puede ser ciudadano de la Unión sin obtener previamente la nacionalidad de un Estado miembro de conformidad con la legislación de dicho Estado. Desde la introducción de la ciudadanía de la Unión, varios Estados miembros se han mostrado especialmente deseosos por mantener a la UE fuera de sus políticas y leyes reguladoras de la nacio-

alidad.<sup>1</sup> Desde entonces, las cuestiones relativas a la nacionalidad han permanecido en un área libre de injerencias de la UE. Como señala Juárez Pérez, la relación entre la ciudadanía de la Unión y las nacionalidades de los Estados miembros no es siempre pacífica y «si en sus inicios despertó ciertas suspicacias, andado el tiempo ha suscitado considerables incertidumbres sobre el alcance del poder discrecional de los Estados para regular su propia nacionalidad».<sup>2</sup> No obstante, el grado real de autonomía del que disponen los Estados miembros en la regulación de su nacionalidad es una cuestión cada vez más controvertida.

En este sentido han podido observarse algunos cambios en los últimos 20 años. Los elementos que tradicionalmente han delimitado la discrecionalidad de los Estados miembros en la regulación de la nacionalidad se han modificado como consecuencia de la aparición de un conjunto de principios internacionales y mecanismos legales y judiciales de supervisión o monitorización de las actuaciones de dichos Estados en materia de nacionalidad. El grado de autonomía del que han venido disfrutando los Estados miembros de la UE ha sido remodelado de forma progresiva y, a veces, inesperada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido en varias ocasiones que éstos, aún cuando se trate del ejercicio de competencias exclusivas, tienen la «obligación de respetar las normas comunitarias»,<sup>3</sup> teniendo en cuenta su impacto en la institución de la ciudadanía de la Unión. ¿Pueden, por tanto, los Estados miembros, en el ejercicio de competencias soberanas, establecer libremente y sin control por parte de la UE las causas de adquisición y pérdida de su nacionalidad?<sup>4</sup> Y si no es así, ¿qué principios de la UE deben aplicarse a la concesión de la nacionalidad de cualquier Estado miembro? Estas preguntas constituyen la clave de bóveda de la investigación que se presenta en este estudio.

El Programa Maltes para Inversores Individuales (*Maltese Individual Investor Programme* o IIP) constituye un caso paradigmático, esencial para

---

<sup>1</sup> Véase la Declaración núm. 2 relativa a la nacionalidad de un Estado miembro anexa al Acta Final del Tratado de Maastricht, Tratado de la Unión Europea, *DO C 191*, de 29.7.1992, p. 98.

<sup>2</sup> JUÁREZ PÉREZ, P., «Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿Hacia una figura emancipada?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 261.

<sup>3</sup> CARMONA LUQUE, M.R., «El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de Ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 185-202, especialmente p. 199.

<sup>4</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 30 de septiembre de 2009, *Janko Rottmann*, C-135-08, *Rec.* p. I-01449.

dar respuesta a las cuestiones aquí planteadas. Los debates y discusiones en torno al IIP adquirieron una dimensión europea casi de forma inmediata, mostrándose especialmente críticos con esta iniciativa la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. Desde la Dirección General de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Comisión (Dirección General de Justicia) se hizo público que se estaba estudiando la viabilidad de iniciar un expediente de infracción contra Malta; anuncio éste que siguió a la adopción de una Resolución del Parlamento Europeo el 16 de enero de 2014. El hecho de que no se estableciera requisito alguno de residencia en Malta a efectos de obtener la nacionalidad de dicho país fue uno de los elementos que suscitó mayor número de críticas. Rompiendo toda expectativa, la Comisión Europea logró persuadir a las autoridades maltesas para aprobar una serie de enmiendas al IIP con el fin de incluir un requisito de residencia como uno de los criterios en el proceso de naturalización para la adquisición, por la vía rápida, de la nacionalidad dicho Estado miembro.

Este estudio examina el programa de venta de la nacionalidad maltesa y su relevancia en la configuración actual y futura de la institución de la ciudadanía de la Unión. Asimismo, tiene por objetivo entender mejor los fundamentos jurídicos que sustentaron la intervención de la UE en el caso maltés y sus implicaciones para la determinación de las causas de adquisición y pérdida de la nacionalidad a nivel europeo. En el epígrafe II se exponen los antecedentes del IIP y los orígenes de la controversia que suscitó. La reacción de las instituciones europeas y las modificaciones legislativas más relevantes introducidos en el IIP como consecuencia de las mismas se analizan en el epígrafe III. Estos dos primeros epígrafes de carácter más empírico resultan necesarios para comprender los antecedentes de hecho y sus implicaciones desde el punto de vista del Derecho Comunitario Europeo. Como se muestra en el epígrafe IV, Malta no es una excepción en los programas de venta de la nacionalidad y de la residencia a los nacionales extracomunitarios más adinerados. Otros países de la UE cuentan con programas similares al de Malta a través de los cuales inversores y/o donantes pueden adquirir la nacionalidad o la residencia de dichos Estados miembros. Sin embargo, estos programas presenta un elemento completamente novedoso y que se vienen a apartar de los criterios que tradicionalmente se vienen aplicando en el resto de la Unión (anexo I): la donación (entrega por parte del solicitante de una cantidad sustancial y no reembolsable al Estado), sin requisito de residencia semejante al aplicable a los procedimien-

tos ordinarios de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o residencia legal.

En el epígrafe V se explican los argumentos jurídicos que llevaron a la modificación del IIP como consecuencia de la intervención de las instituciones de la UE. Se presta especial atención al papel que desempeñan las normas emanadas de tribunales internacionales y europeos, así como a los principios generales del Derecho de la UE, en particular al principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). En el presente estudio se argumenta que la manera en la que el caso de Malta se ha desarrollado puede ser visto como un avance del papel de la UE en el diseño de la relación entre la ciudadanía de la Unión y las leyes reguladoras de la nacionalidad de los Estados miembros. En el marco del citado IIP se ha evidenciado una primera incursión de las instituciones de la UE en un ámbito competencial en teoría exclusivo de los Estados miembros, como es la concesión de la nacionalidad, confirmándose así la importancia de determinadas normas europeas e internacionales que proporcionan un conjunto de principios y obligaciones legales que trascienden los ámbitos nacionales de competencia y que afectan a los poderes discrecionales de los Estados en el ámbito de la nacionalidad.

## II. ANTECEDENTES DE LA POLÉMICA: PASAPORTES COMUNITARIOS EN VENTA

El Gobierno de Malta anunció a principios de octubre de 2013 una nueva iniciativa legislativa que tenía por fin vender la nacionalidad maltesa a donantes extranjeros en el marco del denominado Programa para Inversores Individuales (*Individual Investor Programme* o IIP) y que modificaba la ley reguladora de la nacionalidad maltesa.<sup>5</sup> Así, la nacionalidad de este país se concedería a aquellos solicitantes que donaran al Estado 650.000 euros,

---

<sup>5</sup> Oficialmente, el IIP se presentó como una medida que facilitaría la concesión de la nacionalidad maltesa por carta de naturaleza a aquellos extranjeros y sus familias que contribuyeran al desarrollo económico de Malta. Véase BUTTIGIEG, E. «Country Report: Malta», Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2013; y DE BONO, D., «Naturalization Procedures for Immigrants Malta», Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2013.

además de 25.000 euros por los cónyuges e hijos menores de 18 años y 50.000 euros por los padres dependientes de 55 o más años de edad y los hijos solteros de entre 18 y 25 años. El programa adolecía de la falta de transparencia necesaria en la medida que la lista de nombres de aquellas personas que hubieran adquirido la nacionalidad por esta vía no se publicaría en el boletín oficial.<sup>6</sup> Asimismo, en su versión original, no se aplicaba un límite anual en el número de personas que podrían comprar la ciudadanía en Malta.

Las primeras voces críticas no tardaron en alzarse.<sup>7</sup> Cuando el proyecto de reforma de la ley reguladora de la nacionalidad maltesa llegó al Parlamento de Malta el 9 de noviembre de 2013, el debate en torno al IIP alcanzó nuevas cotas. El partido en la oposición, encabezado por el ex diputado del Parlamento Europeo y líder del *Nationalist Party* (PN) Simon Busuttil, propuso una serie de enmiendas al proyecto, incluyendo la introducción del requisito de residencia durante cinco años (durante los cuales se debía permanecer en Malta al menos 30 días al año), la publicación de los nombres de las personas que adquirieran la nacionalidad en el boletín oficial y la exigencia de una inversión de, al menos, 5 millones de euros en la economía maltesa.

El primer ministro siguió defendiendo el IIP, pero tras las manifestaciones de inquietud y preocupación realizadas por el PN y también las llegadas desde fuera de Malta, el gobierno presentó una versión modificada.<sup>8</sup> Esta modificación implicaba un aumento de la aportación económica total, que se situaba en al menos 1.150.000 euros. Esta cantidad comprendía la donación inicial de 650.000 euros, así como un nuevo esquema de inversión.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> En su diseño original, el IIP fue presentado por los medios de comunicación como un programa que otorgaba una gran discrecionalidad al Ministro del Interior en la concesión de la nacionalidad maltesa.

<sup>7</sup> Véase «PM defends Citizenship-on-sale scheme», *Times of Malta*, 9 de octubre de 2013.

<sup>8</sup> Reglamento regulador del Programa para Inversores Individuales de la República de Malta, 2013, *L.N.* 450, B 5308, Ley de Nacionalidad Maltesa (CAP. 188); véase también el comunicado de prensa emitido por el gobierno de Malta el 23 de diciembre de 2013 ([www.gov.mt/en/Government/Press%20Releases/Pages/2013/December/23/pr2881.aspx](http://www.gov.mt/en/Government/Press%20Releases/Pages/2013/December/23/pr2881.aspx)).

<sup>9</sup> El nuevo esquema se estructuraba de la siguiente forma: una inversión de 150.000 euros en bonos, acciones, obligaciones, activos especiales u otros productos de inversión que debían conservarse durante al menos un período de cinco años; y una inversión inmobiliaria en Malta por un valor mínimo de 350.000 euros o la formalización de un contrato de arrendamiento de propiedad residencial por un alquiler anual mínimo de 16.000 euros. Véase el Reglamento regulador del Programa para Inversores Individuales de la República de Malta, 2013, *L.N.* 450, párrafos 6.6 y 6.5.

El gobierno incluyó también otros cambios, como el establecimiento de un límite anual al número de solicitudes de naturalización (1.800) y la creación de un Fondo Nacional de Desarrollo Social a través del cual se canalizaría el 70% del capital recaudado para su inversión «en asuntos de interés público, *inter alia*, el fomento de la educación, la investigación, la innovación, fines sociales, justicia, empleo, medio ambiente y salud pública».<sup>10</sup>

Un elemento a destacar de la nueva versión del IIP es que la implementación del mismo se deja en manos de una empresa privada o «concesionaria»<sup>11</sup> (*Henley & Partners*),<sup>12</sup> bajo la supervisión de la agencia gubernamental *Identity Malta*.<sup>13</sup> Por otra parte, los nombres de las personas que adquieran la nacionalidad a través del IIP se publicarán, respondiendo así a las reivindicaciones de quienes temían que el programa fuera usado por determinadas personas con el fin de escapar de procedimientos judiciales en sus países de origen o blanquear capitales. El Primer Ministro maltés manifestó en una rueda de prensa en la que presentó estas modificaciones que «la cantidad de 1.150.000 euros creará un vínculo tangible con el país».<sup>14</sup>

La fundamentación esencialmente económica del IIP constituyó la principal razón de las críticas y ataques por parte de la doctrina. Así, desde el Observatorio de la Ciudadanía *EUDO* del Instituto Universitario Europeo de Florencia, Shachar advirtió de la «injerencia de la lógica del capital y de los mercados en la expresión clásica de la soberanía estatal», que en su opinión implicaba no solo la venta de la pertenencia formal a un Estado sino también de su contenido material.<sup>15</sup> Bauböck señaló que este tipo de iniciativas vie-

<sup>10</sup> *Ibid.*, párrafo 13.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párrafo 3.

<sup>12</sup> Al analizar la promoción del IIP realizada por la citada empresa, se puede observar que *Henley & Partners* se anuncia como un grupo que asesora a clientes privados, incluyendo a sus abogados y entidades bancarias privadas, así como a gobiernos, en materias relacionadas con la legislación reguladora de la nacionalidad, legislación sobre inmigración y visados. Para más información sobre *Henley & Partners* consulte [www.henleyglobal.com/the-practice-group](http://www.henleyglobal.com/the-practice-group).

<sup>13</sup> Agencia *Identity Malta* (Creación), Orden de 2013, *L.N.* 269, Ley de la Administración Pública (CAP 497). De acuerdo con esta ley, *Malta Identity* tiene por objeto ayudar al Ministro del Interior en sus funciones y obligaciones relacionadas con los asuntos relativos a la nacionalidad, pasaporte y registro de propiedad.

<sup>14</sup> «New citizenship programme creates bond with Malta – Muscat», *Times of Malta*, 23 de diciembre de 2013.

<sup>15</sup> SHACHAR, A., «Dangerous Liaisons: Money and Citizenship», SHACHAR, A. y BAÜBOCK, R., *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2014, p. 5.

nen a establecer una estrecha relación entre nacionalidad y clase social de manera que, mediante la selección de los futuros nacionales basada en criterios económicos, se produce un desvío de «los principios igualitarios inherentes a las normas de adquisición de la nacionalidad por nacimiento, así como de las normas de adquisición de la nacionalidad por naturalización basada en la residencia».<sup>16</sup>

### III. LA REACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

El Parlamento Europeo, en una sesión plenaria celebrada el 15 de enero de 2014, dedicó un debate en torno a la «venta de la nacionalidad». Viviane Reding, entonces Vicepresidenta de la Comisión Europea, intervino con un discurso titulado «La ciudadanía no debe venderse»<sup>17</sup> en el que indicó que las decisiones adoptadas por un Estado miembro relativas a la naturalización o concesión de su nacionalidad «no son neutrales» con respecto a los demás Estados miembros y a la UE en su conjunto, afirmando que en ningún caso debe ponerse un precio a la ciudadanía de la Unión.

El 16 de enero de 2014, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la Ciudadanía de la UE en venta en la que se condenaban los programas de venta de la nacionalidad de los Estados miembros, realizando un mención específica al IIP maltés.<sup>18</sup> Alrededor del 89% de los diputados del Parlamento Europeo votó en contra de la venta de la nacionalidad maltesa y de la ciudadanía de la Unión.<sup>19</sup> El Parlamento Europeo no mostró duda alguna en afirmar que el programa de venta directa de la ciudadanía maltesa venía a

---

<sup>16</sup> BAUBÖCK, R., «What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!», SHACHAR, A. y BAÜBOCK, R., *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2014, p. 5 y pp. 20-21.

<sup>17</sup> REDING, V., «Citizenship must not be up for sale», Comisión Europea, Discurso/14/18, 15 de enero de 2014.

<sup>18</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la ciudadanía de la UE en venta, 2013/2995(RSP), 16 de enero 2014.

<sup>19</sup> De hecho, según informó el *EUobserver*, «en una muestra del aislamiento del gobierno de Malta en el escenario europeo, su propio grupo político, el centro-izquierda S&D, apoyó dicha resolución, junto con el PPE de centro-derecha y los grupos liberales y verdes». Véase «EU institutions attach Malta passport scheme», *EUobserver*, 16 de enero de 2014.

menoscabar la institución de la ciudadanía de la Unión.<sup>20</sup> La resolución concluye que «esta forma de obtención de la nacionalidad en Malta, así como cualquier otro régimen nacional que pueda implicar en definitiva la venta directa o indirecta de la ciudadanía de la UE, socavan el concepto mismo de ciudadanía europea».<sup>21</sup> Asimismo, se instó a la Comisión Europea a estudiar la legalidad de este tipo de programas y a formular recomendaciones para impedir que estos planes socaven los valores en que se basa la UE, así como directrices para el acceso a la ciudadanía de la UE a través de los regímenes nacionales.<sup>22</sup>

El gobierno de Muscat no mostró signo alguno de ceder ante las presiones de la UE,<sup>23</sup> realizando declaraciones que apuntaban a la existencia de programas similares en Austria y Chipre, y señalando al partido de la oposición como responsable «de manchar el nombre del país al elevar a nivel europeo meras luchas políticas internas».<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Según la citada Declaración del Parlamento, en primer lugar, la ciudadanía de la UE no debe convertirse nunca en una mercancía y no pueden llevar pegada una etiqueta con el precio; en segundo lugar, la ciudadanía de la UE debe depender de los vínculos que las personas tienen con Europa y sus Estados miembros, o de los vínculos personales con ciudadanos de la UE; y en tercer lugar, este tipo de programas conducen a situaciones de discriminación en la medida en que solo permiten obtener la ciudadanía de la UE a los nacionales más ricos de terceros países, sin que se tome en consideración ningún otro criterio.

<sup>21</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la ciudadanía de la UE en venta, 2013/2995(RSP), 16 de enero 2014, punto 1.

<sup>22</sup> El Parlamento Europeo se mostró muy crítico con el IIP. La citada Resolución puso especial énfasis en la necesidad de que los Estados miembros actúen con prudencia en el ejercicio de sus competencias en materia de residencia y nacionalidad y tengan en cuenta «los posibles efectos secundarios», al tiempo que indicaba que algunos Estados miembros «han aprobado regímenes nacionales que permiten la venta directa o indirecta de la ciudadanía de la UE a nacionales de terceros países», si bien el texto de la resolución omite cualquier referencia específica a estos Estados miembros. Véase los puntos 6, 12 y 13 de la citada Resolución.

<sup>23</sup> Las autoridades maltesas, que repetían cual mantra que las cuestiones sobre nacionalidad se encuentran entre las competencias exclusivas de los Estados miembros de la UE, encontraron un importante apoyo en las manifestaciones realizadas por la presidencia griega de la UE durante el ya mencionado debate en Estrasburgo y que apuntaban a que el Consejo no tenía ninguna posición sobre esta cuestión, que el Consejo no tenía conocimiento del inicio de expediente de infracción alguno y que este asunto ni siquiera se había discutido.

<sup>24</sup> «Can European Commission take Malta to court over citizenship scheme?», *Malta Today*, 19 de enero de 2014.

A pesar de ello, el 17 de enero se informó de los primeros pasos que la Comisión Europea estaba dando para iniciar los procedimientos legales oportunos, incluyendo el expediente de infracción, contra Malta.<sup>25</sup> El 29 de enero se celebró una reunión en Bruselas entre las autoridades maltesas y representantes de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea. En dicha reunión se discutió en profundidad el IIP y su compatibilidad con el Derecho de la UE. De acuerdo con un comunicado de prensa emitido de forma conjunta entre la Comisión Europea y las autoridades maltesas,<sup>26</sup> ambas partes habían llegado a un entendimiento común.

Los representantes malteses expusieron su intención de realizar nuevas modificaciones al IIP «con el fin de aclarar que este programa conferirá todos los derechos, todas las responsabilidades y un estatus de nacionalidad plena».<sup>27</sup> Estos nuevos cambios se centraban en el establecimiento de un «vínculo efectivo» con Malta a través de la introducción de un período de «residencia efectiva en el país» anterior a la adquisición de la nacionalidad maltesa. En el comunicado de prensa se indicó que no se expediría certificado de naturalización alguno a menos que el solicitante pudiera acreditar haber residido en Malta durante al menos 12 meses en el período inmediatamente anterior a la fecha de emisión de dicho certificado. Uno de los puntos específicos de discusión en torno a estos nuevos cambios del IIP fue la configuración y aplicación práctica del requisito de residencia, mostrándose la Comisión especialmente insistente en que debería ser un concepto de residencia similar al que ya se venía aplicando en los procedimientos de naturalización en la ley reguladora de la nacionalidad maltesa.

Muscata anunció en una conferencia de prensa celebrada el 29 de enero en Malta que la Comisión Europea había apoyado el IIP después de que el gobierno maltés aceptara la introducción del requisito de residencia, lo cual fue calificado por el propio Muscata como un cambio «menor».<sup>28</sup> Asimismo, declaró que ese requisito de residencia no implicaría la obligación para el soli-

---

<sup>25</sup> Parece que el discurso de Reding del 15 de enero y la posición favorable del Servicio Jurídico de la Comisión al respecto, alentaron a los servicios de la Dirección General de Justicia de la Comisión para proceder contra Malta.

<sup>26</sup> Comisión Europea, Comunicado de Prensa, Declaración conjunta de la Comisión Europea y las autoridades maltesas sobre el Programa para Inversores Individuales de Malta (IIP), MEMO/14/70, 29 de enero de 2014.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párrafo segundo.

<sup>28</sup> «Malta, EC reach agreement on citizenship, Reding welcomes breakthrough», *Malta Today*, 29 de enero de 2014.

citante de permanecer en Malta 365 días antes de la concesión de la nacionalidad maltesa. A pesar de que con estas declaraciones y anuncios de alto nivel político pareciera que el asunto quedaba zanjado, lo cierto es que la Comisión informó de que sus servicios seguirían de cerca la ejecución por parte de Malta del IIP en su versión modificada, con especial interés en la aplicación del requisito de la residencia.

El 4 de febrero de 2014, el gobierno maltés publicó la versión modificada del IIP<sup>29</sup> en la que se incluía un nuevo párrafo, bajo el numeral 7.12, y según la cual «No se expedirá certificado de naturalización alguno de conformidad con la presente ley a menos que el solicitante principal acredite haber residido en Malta durante al menos los doce meses anteriores al día de la expedición del certificado de naturalización». Diez días después era publicada otra nueva versión del IIP en la que se especificaban algunas cuestiones relativas al requisito de la residencia. En concreto se vino a regular el denominado «Formulario N», que debía acompañarse a las solicitudes de naturalización y que en su versión final incluía dos nuevos elementos en la sección «Declaro»: en primer lugar, el solicitante se compromete a proporcionar una prueba de la residencia en Malta con anterioridad a la expedición del certificado de naturalización como ciudadano de Malta; y, en segundo lugar, el solicitante debe jurar lealtad a Malta y hacer todo lo necesario para evidenciar su nueva alianza.

Si bien estas nuevas reformas posicionaban el IIP en la línea de las exigencias de la Comisión Europea, aún existían dudas sobre la implementación y la monitorización del requisito de la residencia efectiva.<sup>30</sup> Durante las negociaciones entre la Comisión y las autoridades maltesas que precedieron al cambio en el IIP, la posición de la Comisión en relación con el significado de la «residencia efectiva» era la de aplicar un requisito de residencia similar al de los procedimientos de naturalización ordinarios. Sin embargo, el Gobierno de Malta había manifestado en varias ocasiones que ese período de 12 meses no implicaba que los solicitantes tuvieran necesariamente que vivir en el país para iniciar el proceso de naturalización, ni siquiera que tuvieran que pisar el territorio maltés.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Reglamento regulador del Programa para Inversores Individuales de la República de Malta, 2014, *L.N.* 47 de 2014, Ley de Nacionalidad Maltesa (CAP. 188), B 341. Véase también el Reglamento (Modificado) sobre Nacionalidad, 2014, *L.N.* 17 de 2014, Ley de Nacionalidad Maltesa (CAP. 188).

<sup>30</sup> «Government amends Citizenship Act again, but residency still remains undefined», *Malta Independent*, 16 de febrero de 2014.

<sup>31</sup> De hecho, en una entrevista mantenida el 21 de febrero de 2014 con las autoridades maltesas para los propósitos del presente artículo, éstas señalaron que el cálculo del

#### IV. PROGRAMAS DE NATURALIZACIÓN PARA INVERSORES EN LA UE: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

El programa de venta de la nacionalidad maltesa no es una excepción en la UE. Programas similares se han introducido en la legislación de algunos otros Estados miembros durante 2013, a través de los cuales se configura una vía rápida para la naturalización de inversores y donantes extranjeros.

Chipre, por ejemplo, introdujo a mediados de 2013 un nuevo programa de naturalización para inversores muy similar al IIP de Malta. El Programa Chipriota para la Naturalización de Inversores (*Cypriot Scheme for Naturalisation of Investors*), adoptado por el Consejo de Ministros el 24 de mayo de 2013,<sup>32</sup> ofrece una vía rápida para la adquisición de su nacionalidad<sup>33</sup> y presenta características similares al IIP maltés, tales como la combinación de una inversión y una donación al Estado como requisitos para la naturalización, pero no prevé requisito de residencia efectiva alguno.<sup>34</sup>

Bulgaria cuenta también con un programa de naturalización para inversores aunque con algunas diferencias significativas. Al igual que en los casos de Malta y Chipre, el programa de Bulgaria se aprobó en el año 2013 y, de conformidad al mismo, aquellos nacionales de terceros países que hubie-

---

período de tiempo sería diferente al aplicable a otros procedimientos de naturalización. Aparentemente, si el solicitante ha residido en Malta durante los últimos seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de naturalización, este período de residencia se contará en el período de 12 meses. Aunque un número de potenciales candidatos ya han expresado su interés en el IIP, las dudas acerca de si el concepto de residencia que se aplicará finalmente por las autoridades maltesas cumplirá las expectativas de la Comisión aún persisten.

<sup>32</sup> Programa para la Naturalización de Inversores en Chipre por excepción con fundamento en la subsección (2) de la sección 111A de la Ley del Registro Civil de 2002-2013, Decisión del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2013 ([www.moi.gov.cy](http://www.moi.gov.cy)).

<sup>33</sup> De acuerdo con la Sección A6 de la ley, «el solicitante debe tener una residencia privada permanente en la República de Chipre, cuyo valor de mercado debe ser de al menos 500.000 euros, más IVA».

<sup>34</sup> Los precios de esta naturalización acelerada son los siguientes: compra de acciones o bonos del Tesoro Nacional por valor de 2 millones de euros y donación de medio millón de euros al Fondo de Investigación y Tecnología; o inversiones directas en Chipre por valor de 5 millones de euros; o depósitos personales a plazo fijo durante tres años en los bancos chipriotas o en empresas privadas o fideicomisos por el valor de 5 millones de euros; o una combinación de inversión mixta y donación a un Fondo Estatal de 5 millones de euros; o garantizar depósitos en bancos nacionales chipriotas que asciendan a un total de, al menos, 3 millones de euros.

sen obtenido el permiso de residencia permanente para inversores,<sup>35</sup> pueden adquirir la nacionalidad búlgara sin demostrar dominio alguno del idioma o renunciar a cualquier otra nacionalidad.<sup>36</sup> Los solicitantes podrán optar a la naturalización sin necesidad de cumplir el plazo de 5 años de residencia aplicable en los procedimientos ordinarios de naturalización y concesión de residencia de larga duración.<sup>37</sup> De esta forma, quienes ostenten un permiso de residencia permanente para inversores se benefician de un acceso rápido a la nacionalidad búlgara, sin la necesidad de residir continuamente en el país durante los cinco años anteriores a la presentación de la solicitud de naturalización.<sup>38</sup> Dicha residencia permanente es otorgada a los no nacionales búlgaros que hayan realizado determinada inversión en el país.<sup>39</sup>

Austria posee un programa no oficial de naturalización para inversores que se negocia con los candidatos caso por caso; Dzankic, autora de un estudio comparativo de los países de la UE que cuentan con programas de naturalización para inversores y programas de pasaporte de oro,<sup>40</sup> subrayó que, en efecto, el artículo 10.6 de la ley reguladora de la nacionalidad austriaca recoge un programa de naturalización para inversores no reconocido oficialmente<sup>41</sup> y en el que ningún requisito de residencia parece aplicarse como cri-

---

<sup>35</sup> Ley de Extranjeros en la República de Bulgaria (FRBA) modificada en febrero de 2013.

<sup>36</sup> Ley de Nacionalidad Búlgara (BCA), SG, 136, 18 de noviembre de 1998, modificada por SG 41, 26 de abril de 2001, modificada por SG 54, 31 de mayo de 2002, modificada en febrero de 2013, Sección III, La adquisición de la nacionalidad búlgara por naturalización. Véase SMILOV, D. y JILEVA, E., «Country Report: Bulgaria», Observatorio de la Ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2013, p.12.

<sup>37</sup> Artículo 12.2 de la Ley de Nacionalidad Búlgara.

<sup>38</sup> Artículo 25.5 de la Ley de Extranjeros en la República de Bulgaria (modificado por SG 29/07; revocado por SG 9/11; nueva redacción por SG 23/13; modificado por SG 70/13).

<sup>39</sup> Se exige una inversión en el país más de 1 millón de leva (alrededor de 500.000 euros) junto a otras condiciones financieras, una inversión de 6 millones de leva (alrededor de 3 millones de euros) en una empresa búlgara. Véase el Artículo 25 de la Ley de Extranjeros en la República de Bulgaria (modificado por SG 11/05; modificado por SG 36/09).

<sup>40</sup> DZANKIC, J., «The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor citizenship in comparative perspective», EUI RSCAS, 2012/14, Observatorio de la Ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2012.

<sup>41</sup> Artículo 10.6 de la Ley Federal reguladora de la Nacionalidad Austriaca (Ley de Nacionalidad, 30 de julio de 1985, *Federal Law Gazette de la República de Austria*, FLG No. 311/1985).

terio para la concesión de la nacionalidad. En su análisis, Dzankic señala que el programa está vagamente regulado y que, en gran medida, depende de un alto grado de discrecionalidad del gobierno y del ministerio correspondiente.<sup>42</sup>

No obstante lo anterior, es importante destacar que existen claras diferencias al comparar el caso de Austria con los programas de Malta, Chipre e incluso Bulgaria. Las disposiciones de la ley austriaca no constituyen, al menos formalmente, la base de un programa de naturalización para inversores o donantes. Elementos determinantes en estos programas como la donación y/o la inversión están ausentes y tampoco se ha presentado públicamente ni se ha anunciado como tal por parte del gobierno austriaco. Por otra parte, una diferencia fundamental entre estos programas es la introducción de un nuevo elemento, esto es, el concepto de «donación» que viene a caracterizar a sistemas tales como el maltés o el chipriota<sup>43</sup> y a través del cual el Estado que concede su nacionalidad requiere a los solicitantes la entrega de una cantidad sustancial y no reembolsable por este concepto.

Irlanda constituye un ejemplo único de un Estado miembro de la UE que contaba con un plan de naturalización igualmente vinculado a la realización de una determinada inversión, que comenzó en 1989, y que fue abolido el 20 de abril de 1998. Los requisitos del programa se describían en una Declaración de Intenciones,<sup>44</sup> que no era pública y que simplemente se refería a la necesidad por parte de los solicitantes de la nacionalidad de garantizar una «inversión sustancial» sin mencionar ninguna cifra mínima. No obstante, las inversiones del orden de 500.000 libras parecen haber sido la norma durante la vigencia del programa. Asimismo, el solicitante estaba obligado a cumplir con el requisito de tener la intención, de buena fe, de residir en Estado des-

---

<sup>42</sup> Para más información sobre el programa austriaco véase [www.henleyglobal.com/citizenship-by-investment](http://www.henleyglobal.com/citizenship-by-investment) y <https://www.henleyglobal.com/citizenship-austria-citizenship>.

<sup>43</sup> En Malta, el IIP exige a los solicitantes el pago de 650.000 euros (y 25.000 euros adicionales por cónyuge y por cada hijo), de los cuales el 70% se destinará a un Fondo Nacional de Desarrollo Social para su uso «en asuntos de interés público, *inter alia* el fomento de la educación, la investigación, la innovación, fines sociales, justicia, empleo, medio ambiente y salud pública». Del mismo modo, en Chipre los solicitantes pueden acogerse al programa de naturalización para inversores mediante una combinación de inversión mixta y donación a un fondo estatal de 5 millones de euros.

<sup>44</sup> Declaración de Intenciones, en relación con el ejercicio por el Ministro de Justicia de su facultad discrecional bajo la sección 16 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de Irlanda de 1956, modificada por la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de Irlanda 1986, para eximir la aplicación de las disposiciones de la sección 15 (c) de la Ley en el caso de las personas que se establezcan determinadas empresas en el Estado.

pués de la naturalización. A partir de 1994, el programa irlandés fue modificado: además de incrementarse el criterio de asegurar la inversión y los beneficios económicos para Irlanda, se suavizó notablemente el requisito de la residencia, exigiéndose únicamente a los solicitantes la adquisición de la residencia en Irlanda y pasar un «tiempo razonable» en el país, esto es, un mínimo de 60 días durante los últimos dos años desde la concesión de la nacionalidad.

Quizá uno de los obstáculos más importantes para el programa de naturalización irlandés fue la falta de transparencia en la evaluación del cumplimiento de los criterios para la concesión de la nacionalidad por parte de los solicitantes, lo que dio lugar a acusaciones de corrupción, favoritismo y aceptación de sobornos por parte del gobierno.<sup>45</sup> Handoll destacó el alto grado de discrecionalidad en manos del Ministro para determinar el requisito de los dos años de residencia y la naturaleza de la «inversión sustancial».<sup>46</sup> Asimismo, según las conclusiones de un Grupo de Investigación creado por el propio Gobierno para evaluar el programa de naturalización,<sup>47</sup> existía «un número significativo de casos en que los requisitos de la Declaración de Intenciones, o bien no se respetaron o cuando se exijan pruebas de que se cumplimiento éstas no constaban en los archivos del Departamento».<sup>48</sup>

El de Irlanda constituye un caso paradigmático que debe ser considerado por aquellos países de la UE que en la actualidad tienen o están consideran-

---

<sup>45</sup> Un caso que resultó especialmente controvertido fue el de la familia Masri de origen palestino, que fue incluso objeto de una investigación interna del gobierno en 1994, durante el período en que Albert Reynolds era *Taoiseach* de Irlanda. Una de las empresas de Reynolds, dedicada a la alimentación de mascotas, recibió alrededor de un millón de libras como contraprestación a la concesión de la nacionalidad irlandesa. Véase COLLINS, N. y O'SHEA, M., *Understanding Corruption in Irish Politics*, Cork University Press, Irlanda, 2000.

<sup>46</sup> HANDOLL, J., «Country Report: Ireland», EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, p. 5.

<sup>47</sup> Junto a la decisión de suprimir el programa, el Gobierno impulsó la revisión de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de Irlanda con el fin de evaluar posibles vías para fomentar la inversión en el país. Un Grupo de Investigación fue integrado por representantes de diferentes ministerios y expertos externos. El Informe fue publicado en abril del año 2000 y en él se llegó a la conclusión de que no era necesario introducir un nuevo programa dadas las circunstancias económicas que caracterizaron al país en los primeros años de la década de 2000 ([www.inis.gov.ie/en/INIS/invbankrev.pdf/Files/invbankrev.pdf](http://www.inis.gov.ie/en/INIS/invbankrev.pdf/Files/invbankrev.pdf)).

<sup>48</sup> HANDOLL, J., «Country Report: Ireland», EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, párrafo 2.5.

do la introducción de programas de naturalización para inversores/donantes. Como Bauböck acertadamente ha expresado, al crear un vínculo entre nacionalidad e inversión y convertir la nacionalidad en un «producto comercializable», existe el peligro real de corromper la democracia.<sup>49</sup>

La respuesta a la pregunta de «cuánto cuesta la nacionalidad» en la UE, por lo tanto, no es unívoca: depende de las políticas y la legislación reguladora de la nacionalidad y de la inmigración adoptada en cada Estado miembro de la Unión. Existen al menos tres Estados miembros de la UE en los que su nacionalidad y, consecuentemente, la ciudadanía de la UE tiene ahora una etiqueta con un precio: Malta (1.15 millones de euros), Chipre (entre 2 y 5 millones de euros) y Bulgaria (500.000 euros). Una de las características clave de estos sistemas es el requisito de donación, que va más allá de una inversión real en el país, lo que crea un grado aún mayor de la disonancia y hace inevitable la comparación de precios. Algunos Estados miembros están aprovechando el margen de maniobra del que disponen en cuestiones relativas a la adquisición y pérdida de la nacionalidad para diseñar una suerte de nacionalidad estratégica con el fin de obtener determinadas ventajas económicas y servir a sus propios intereses. En una perspectiva comparada, al analizar las causas de adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza en los Estados miembros,<sup>50</sup> se puede observar como en ninguno de los países que regula este poder discrecional se contempla donación alguna, siendo las únicas excepciones Malta, Chipre y Bulgaria.<sup>51</sup>

La pregunta, llegados a este punto, es si estos programas también responden a los intereses de la UE cuando la intención real de los solicitantes de la nacionalidad es vivir en otro Estado miembro distinto de aquel en el que se ha producido el desembolso de dinero. Si este es el caso, entonces los Estados miembros que ofrecen estos programas se aprovechan injustamente de los atractivos de la vida en otros Estados miembros, atractivos en cuya creación no han participado. Al instrumentalizar la concesión de su nacionalidad, estos países están vendiendo algo que no les pertenecen: circular y residir libremente en otros Estados miembros.

---

<sup>49</sup> BAUBÖCK, R., «What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!», SHACHAR, A. y BAUBÖCK, R., *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2014, p. 5.

<sup>50</sup> Véase Anexo 1.

<sup>51</sup> BAUBÖCK, R., ERSBOLL, E., GROENENDIJK, K. y WALDRAUCH, H. (eds), *Acquisition and Loss of Nationality*, Volume I: Comparative Analyses: Policies and Trends in 15 European Countries, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006.

## V. BASES LEGALES DE LA INTERVENCIÓN DE LA UE: PRINCIPIOS POSNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NACIONALIDAD

La reacción de la Comisión y el Parlamento Europeo no tiene precedentes en el ámbito de la regulación de la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión. Por primera vez, las presiones informales y la amenaza de un expediente de infracción por parte de la Comisión dieron lugar a modificaciones de fondo de una ley de un Estado miembro que regula la adquisición de su nacionalidad. De hecho, pocos académicos habían anticipado las formas en que el caso maltés finalmente se desarrolló y concluyó. Shaw llegó a afirmar que: «La existencia de una obligación jurídica en los Tratados con el fin de contener este tipo de políticas nacionales parece más bien débil. Puede ser una práctica mercantilista, pero no es arbitraria de acuerdo con las normas del Derecho de la UE».<sup>52</sup> En relación con las conclusiones presentadas por el Abogado General Poiares Maduro en el asunto Rottmann,<sup>53</sup> Shaw señaló que la sugerencia de Maduro de considerar contrarias al principio de cooperación leal, recogido en el artículo 4.3 del TUE, las naturalizaciones masivas de nacionales de terceros países por parte de un Estado miembro no sería aplicable en el caso del IIP maltés porque «los efectos de la ley de Malta son marginales en términos cuantitativos y por lo tanto no tienen un gran impacto en otros Estados miembros».<sup>54</sup> Aún así, la Comisión logró con éxito intervenir en el asunto y persuadir a las autoridades maltesas para que modificaran el IIP. Dos motivos principales jugaron un papel muy relevante durante las negociaciones entre la Dirección General de Justicia y las autoridades maltesas para la revisión y posterior modificación de la Ley de Nacionalidad de Malta y el IIP: primero, la normativa legal supranacional y los principios generales del Derecho emanados de los tribunales internacionales (epígrafe V, apartado 1) ; y en segundo lugar, el principio de cooperación leal consagrado en el ordenamiento de la UE (epígrafe V, apartado 2).

---

<sup>52</sup> SHAW, J., «Citizenship for sale: Could and Should the EU Intervene?», SHACHAR, A. y BAÜBOCK, R., *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Instituto Universitario Europeo de Florencia, Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman, Florencia, 2014, p. 33.

<sup>53</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 30 de septiembre de 2009, Asunto C-135-08, *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*, Rec. p. I-01449.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 33.

## 1. NORMATIVA LEGAL SUPRANACIONAL Y PRINCIPIOS EMANADOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Uno de los elementos más controvertidos del IIP era la venta directa de la nacionalidad maltesa y, consecuentemente, de la ciudadanía de la Unión sin la necesidad de que los solicitantes evidenciara vínculo alguno con Malta. Como la Vicepresidenta de la Comisión expresó en su discurso ante el Pleno del Parlamento Europeo el 15 de enero 2014, «En cumplimiento con el criterio utilizado en el derecho internacional público, los Estados miembros sólo deben conceder la ciudadanía a aquellas personas que tengan un «vínculo efectivo» o una «conexión genuina» con el país de que se trate».<sup>55</sup> Como se señaló en el epígrafe III, la intervención de la Comisión se tradujo en una serie de modificaciones del IIP orientadas a garantizar el cumplimiento del principio del «vínculo efectivo» mediante la introducción del criterio de la «residencia efectiva».<sup>56</sup>

El argumento del vínculo efectivo o conexión genuina utilizado por las instituciones europeas es un principio del Derecho Internacional Público, según el cual debe existir una conexión efectiva o algún tipo de vínculo entre el individuo y el Estado cuya nacionalidad se adquiere o se posee. En la doctrina española se acoge también la idea del vínculo a la hora de definir la nacionalidad. Álvarez Rodríguez señala que «la nacionalidad se puede definir, desde la perspectiva legal, como el vínculo jurídico que une a la persona con el Estado»<sup>57</sup>. Como indica igualmente Álvarez Rodríguez, este concepto es igualmente compartido por el Tribunal Supremo que define la nacionalidad como «el vínculo jurídico entre una persona y un Estado».<sup>58</sup>

Pero la inclusión de la nacionalidad, como se ha indicado, en el *domaine réservé* de los Estados no supone la inexistencia de normas y principios supranacionales que limitan las competencias de los Estados en la materia.<sup>59</sup> Si bien los Estados mantienen su monopolio para determinar quién ostenta su

---

<sup>55</sup> REDING, V., «Citizenship must not be up for sale», Comisión Europea, Discurso/14/18, 15 de enero de 2014.

<sup>56</sup> Comisión Europea, Comunicado de Prensa, Declaración conjunta de la Comisión Europea y las autoridades maltesas sobre el Programa para Inversores Individuales de Malta (IIP), MEMO/14/70, 29 de enero de 2014.

<sup>57</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en material de nacionalidad*, Ediciones GPS, Madrid, 2014, p. 55.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de octubre de 2009.

<sup>59</sup> MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Ed. Atlas, Madrid, 1977, p.16.

nacionalidad, el Derecho Internacional ha venido a otorgar protección ante naturalizaciones y decisiones relacionadas con la nacionalidad que sean arbitrarias o artificiales cuando éstas afecten a las relaciones entre Estados.<sup>60</sup> La Corte Internacional de Justicia (CIJ) instauró esta teoría en su histórico fallo en el asunto *Liechtenstein v Guatemala* («*Re Nottebohm*») de 1955,<sup>61</sup> en el que sostuvo que la nacionalidad constituye: «(...) un *vínculo jurídico* que tiene como base un *hecho social de vinculación*, una *conexión genuina* de existencia, intereses y sentimientos, junto a la presencia de determinados derechos y deberes recíprocos. Se puede decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que a la persona a quien se le otorga la nacionalidad, ya sea directamente por la ley o como resultado de un acto de las autoridades, está *de hecho más vinculado* con la población del Estado que la confiere que con la de cualquier otro Estado» (énfasis añadido por los autores).<sup>62</sup>

La CIJ dio especial relevancia a la existencia de un «vínculo real» entre la persona y el Estado para determinar la existencia de una conexión efectiva, fallando a favor de Guatemala y no reconociendo la nacionalidad del Sr. *Nottebohm* (a los efectos de garantizar protección diplomática) al considerar que éste carecía de cualquier vínculo previo con Liechtenstein y solo contaba con una conexión meramente circunstancial. Entre los factores analizados para concluir la existencia de ese vínculo de hecho, la CIJ recaló la necesidad de tomar en consideración, entre otros, la residencia habitual de la persona en cuestión.<sup>63</sup> Las interpretaciones actuales de la decisión en el caso *Nottebohm* consideran que la atribución de la nacionalidad liechtensteiniana no otorgaba el derecho a Liechtenstein para dar protección diplomática; sin embargo, la concesión de la nacionalidad se consideró válida a pesar de la ausencia de un vínculo efectivo.

En el contexto de la Unión Europea, el TJUE ha venido evitando pronunciarse sobre cuestiones relativas a los criterios seguidos por los Estados miembros a la hora de decidir quién tiene esa «conexión más estrecha» o vínculo con su país y, por lo tanto, quién tiene derecho a residir en ese Estado

---

<sup>60</sup> HALL, S., *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

<sup>61</sup> Asunto *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala); Corte Internacional de Justicia, 6 de abril de 1955, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b7248.html>.

<sup>62</sup> Asunto *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala); Corte Internacional de Justicia, 6 de abril de 1955, p. 23.

<sup>63</sup> En el caso del Sr. *Nottebohm* este factor no concurría en la medida que no había residido de forma prolongada en el país en el momento de su solicitud de naturalización y no tenía intención de permanecer en Liechtenstein.

miembro y puede ser considerado un ciudadano europeo a los efectos del Derecho de la Unión.<sup>64</sup> No obstante, el TJUE ha reiterado en varias sentencias que la competencia de los Estados miembros para establecer los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad debe ejercerse «respetando el Derecho comunitario».<sup>65</sup> Como se evidenció en el asunto *Rottmann*,<sup>66</sup> a pesar de que la adquisición y la pérdida de la nacionalidad se mantiene en el ámbito de las competencias exclusivas de los Estados miembros, el hecho de que ese caso presentara un elemento extranjero o una «dimensión transfronteriza» fue suficiente para que se considerara dentro del ámbito de aplicación de la legislación europea y, por lo tanto, no fuera calificado como una situación puramente interna.<sup>67</sup> Esta decisión del TJUE constituyó uno de los fundamentos de naturaleza legal utilizados por la Dirección General de Justicia en sus negociaciones con Malta sobre el IIP. El Tribunal de Luxemburgo también reiteró la obligación de los Estados miembros de respetar la legislación de la Unión en el ejercicio de sus competencias,<sup>68</sup> lo cual implica que la regulación

<sup>64</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2001, *The Queen*, C-192/99, *Rec.* p. I-01237. Véase SHAH, P., «Case note on Kaur», *European Journal of Migration and Law*, Vol. 3, No. 2, 2001, pp. 271-278. Para una postura crítica, véase GUILD, E., *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, The Hague: Kluwer Law International, Chapter 4 (The Residence/Citizenship Nexus), 2004, p. 76.

<sup>65</sup> Véase la Sentencia de 7 de julio de 1992, *Micheletti* y otros, C-369/90, *Rec.* p. I-4239, apartado 10. Véase también las sentencias de 20 de febrero de 2001, *The Queen*, C-192/99, *Rec.* p. I-01237; de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, *Rec.* p. I-9925 y de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, *Rec.* p. I-1163. Asimismo, véase CARRERA, S. y MERLINO, M., «State of the Art on the European Court of Justice and Enacting Citizenship», CEPS Special Report, Centre for European Policy Studies, Bruselas, 2009.

<sup>66</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottmann*, C-135/08, *Rec.* p. I-01449. Véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía de la unión?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 933-950.

<sup>67</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, *cit. supra.*, punto 10. Véase KOEN, L. y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., «Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 40, 2011, pp. 492-521 y MARÍN CONSARNAU, D., «TJUE - Sentencia de 05.05.2001, *S. McCarthy/Secretary of State for the Home Department*, C-434/09 – Artículo 21 TFEU – Libre circulación de personas – Nacional que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad – Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 221-236.

<sup>68</sup> MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «La ciudadanía europea y la competencia de los estados miembros en materia de nacionalidad (Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2010)», *Diario La Ley*, núm. 7520, 2010, p. 1713.

de las causas de adquisición y pérdida de la nacionalidad deba ser compatible con el Derecho de la Unión<sup>69</sup> y respetar los derechos del ciudadano europeo.<sup>70</sup> Como ya se ha mencionado, uno de los aspectos centrales de las conclusiones del Abogado General en el asunto *Rottmann* fue la importancia de los principios generales del Derecho de la UE en la restricción de la facultad legislativa de los Estados miembros en materia de nacionalidad, en particular el principio de cooperación leal de la UE que, en su opinión, «podría resultar afectado en el supuesto de que un Estado miembro procediera, sin consulta a la Comisión y a sus socios, a una naturalización masiva injustificada de nacionales de Estados terceros».<sup>71</sup>

## 2. LA REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN LEAL

El principio de cooperación leal desempeñó un papel esencial en el asunto de la venta de la nacionalidad maltesa. Este principio implica que la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Asimismo, requiere que los Estados miembros favorezcan a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión. Como Lang indica, el artículo 4 del TUE obliga a los Estados miembros a abstenerse de introducir medidas que ponen en peligro los objetivos de los Tratados y el respeto de los principios generales del Derecho de la UE constituye «una condición necesaria para el funcionamiento de la normativa comunitaria».<sup>72</sup> Este principio está consagrado formalmente en el artículo 4.3 del TUE.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> JUÁREZ PÉREZ, P., «Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿Hacia una figura emancipada?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 289.

<sup>70</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, *cit. supra.*, punto 23. Para un estudio más profundo, véase SHAW, J., *Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Florencia, 2011.

<sup>71</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, *cit. supra.*, punto 30.

<sup>72</sup> LANG, T., «Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, Vol. 27, 1990, p. 654.

<sup>73</sup> Este precepto comprende dos deberes generales u obligaciones positivas para los Estados Miembros tanto en sus relaciones mutuas, como con la UE: en primer lugar, una obligación recíproca de prestarse asistencia mutua y en segundo lugar, el deber de adoptar cualquier medida que facilite el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el

El principio de lealtad se ha configurado como una de las disposiciones más dinámicas de los Tratados, destacando su papel central en la regulación de la cooperación y las relaciones entre los Estados miembros en el ámbito del funcionamiento de la legislación europea.<sup>74</sup> La labor del TJUE ha sido fundamental para entender este principio como una auténtica obligación legal para los Estados miembros (incluidas las autoridades judiciales y no judiciales) que conlleva la observancia de los deberes y obligaciones recogidos en el artículo 4.3 del TUE en defensa de los intereses generales de la Unión.<sup>75</sup> El TJUE ha considerado este principio como un componente clave del sistema jurídico de la UE, pilar básico,<sup>76</sup> y como un deber de aplicación general en las diversas áreas del derecho europeo.

Como indican Craig y De Burca, el TJUE ha insistido con frecuencia en que el «...el deber de cooperación leal es de aplicación general y no depende ni de la naturaleza exclusiva de la competencia comunitaria, ni de cualquier derecho del Estado miembro para contraer obligaciones frente a terceros países».<sup>77</sup> El mismo razonamiento ha sido mantenido en el análisis del principio de cooperación leal realizado por la literatura académica en relación con áreas donde la competencia de la Unión ha sido más débil o áreas de compe-

---

derecho primario o secundario de la UE. También contiene una prohibición específica u obligación negativa, que consiste en abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro los objetivos de la Unión. Véase MORTELMANS, K., «The Principle of Loyalty to the Community», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, 1998, p. 86.

<sup>74</sup> KLAMERT, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>75</sup> Sentencia de 31 de marzo de 1977, Comisión de las Comunidades Europeas, C-22/70, *Rec.* p. 00263; Sentencia de 14 de julio de 1976, *Cornelis Kramer y otros*, C-3,4,6/76, *Rec.* p. 01279; Dictamen de 19 de marzo de 1993, 2/91, *Rec.* p. I-01061; Dictamen de 15 de noviembre de 1994, 1/94, *Rec.* p. I-05267; Sentencia de 13 de octubre de 1993, Comisión, C-378/92, *Rec.* p. I-5095; Sentencia de 18 de mayo de 1994, Comisión, C-303/93, *Rec.* p. I-1901. Para un análisis de más de cuarenta casos del TJUE sobre la materia, véase LANG, J.T., «Development s, Issues and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts under Article 10 EC Treaty», *Fordham International Law Journal*, 27, N. 6, 2003, pp. 1904-1939.

<sup>76</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión, C-6,11/69, *Rec.* p. 523, apartado 16; véase también la sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, C-43/75, *Rec.* p. 455, apartado 28. Véase igualmente LANG, T., «Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, Vol. 27, 1990, p. 645.

<sup>77</sup> Sentencia de 14 de julio de 2005, Comisión, C-433/03, *Rec.* p. I06985 y Sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión, C-266/03, *Rec.* p. I-04805. CRAIG, P. and DE BÚRCA, G., *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

tencia exclusiva de los Estados miembros, a saber: las relaciones internacionales de la UE; en el contexto de la aplicación del Derecho de la UE por las autoridades judiciales y no judiciales; y la cooperación judicial en materia penal. Esto indica que la aplicación material del principio de cooperación leal se extiende también a ámbitos de «solapamiento» de competencias entre la Unión y los Estados miembros e incluso a ámbitos donde los Estados miembros mantienen el monopolio competencial. Por analogía, ¿podría aplicarse también el mismo razonamiento a cuestiones relativas a la nacionalidad y la ciudadanía? Y si fuese así, ¿cómo?

### 3. COOPERACIÓN LEAL, NACIONALIDAD Y VÍNCULO EFECTIVO

La medida en que los principios generales del Derecho de la UE han remodelado la autonomía de los Estados miembros en la regulación de cuestiones de nacionalidad ha sido objeto de un debate enriquecedor en la literatura.<sup>78</sup> De Groot ha argumentado que determinadas acciones u omisiones de los Estados miembros de la UE en la regulación de las causas de adquisición y pérdida de la nacionalidad podrían ser contrarias a principios generales de la UE, tales como el principio de cooperación leal. En su opinión, una naturalización masiva de nacionales de terceros países por parte de un Estado miembro sin previa consulta a los demás Estados miembros y a Bruselas constituye una violación de tal principio.<sup>79</sup> Esta posición fue posteriormente acogida por el Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones en el asunto *Rottmann*.<sup>80</sup> Jessurun D'Oliveira se expresa en términos diferentes. En su opinión, la falta de consulta no implicaría una violación del principio de solidaridad entre los Estados miembros en estos casos «dado que ni los Estados miembros, ni la Comisión, ni el Consejo, ni cualquier otra institución

<sup>78</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C., «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents?», GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C., y KOSTAKOPOULOU, D., *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013, pp. 15-32.

<sup>79</sup> DE GROOT, R.-G., «The Relationship between the Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship», *European Citizenship: An Institutional Challenge*, *Kluwer Law International*, 1998, pp. 115-147. Véase también DE GROOT, R.-G., «Towards a European Nationality Law», Inaugural Lecture, University of Maastricht, 2003, pp. 20-21.

<sup>80</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, *cit. supra*.

européa ha solicitado, desde 1957, revisión alguna (...) por lo que parece que la falta de solidaridad con la UE en este ámbito no es un problema».<sup>81</sup>

No obstante, el programa de venta de la nacionalidad maltesa ofrece un ejemplo claro y tangible, en el que las instituciones europeas, en particular la Comisión y el Parlamento Europeo, han reaccionado con fuerza contra una medida nacional basada en la adquisición de la nacionalidad, solicitando su modificación, y en el que el principio de cooperación leal se ha convertido en uno de los principales argumentos jurídicos en los debates surgidos a raíz de la controversia. La aplicación de dicho principio en el asunto maltés no está exento, sin embargo, de interrogantes cuya resolución requiere una reflexión más profunda. Neframi ha señalado, con razón, que el «deber de lealtad» varía en función de los intereses de la Unión.<sup>82</sup> ¿Cómo se vieron afectados los intereses de la Unión con la venta de la nacionalidad de Malta? El primer paso para determinar la aplicabilidad del principio de cooperación leal al caso maltés es la identificación del objetivo comunitario en riesgo.

Uno de los ataques más evidentes contra el IIP bien podría articularse a través de la coherencia del mercado interior. La venta de pasaportes a personas que quieren disfrutar de la libre circulación en la UE podría considerarse incompatible con el espíritu del mercado interior.<sup>83</sup> Malta fue tachada de oportunista al aprovechar el margen de maniobra del que disponen los Estados miembros en el ámbito de la nacionalidad para diseñar un plan de naturalización para inversores que servía a sus propios intereses económicos y entre cuyos principales atractivos se incluye la posibilidad de circular y residir en cualquier parte del territorio de la UE. No obstante, sería difícil argumentar que el mercado interior se vea alterado de forma desproporcionada por la llegada o la movilidad/residencia intracomunitaria de unos pocos miles de personas (alrededor de 1.800) con sus recién comprados pasaportes malteses. Sin embargo, y tal vez por una vez, los números no son lo más relevante. Si alguna conclusión puede extraerse del asunto maltés es que al determinar la compatibilidad de las acciones u omisiones de los Estados

---

<sup>81</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., «Nationality and the European Union after Amsterdam», *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, pp. 395-412. Esto también fue reconocido por De Groot, quien afirmó que, evidentemente, mucho depende de la reacción o no reacción de los demás Estados miembros y la propia Comisión.

<sup>82</sup> NEFRAMI, E., «The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope through its Application in the Field of EU External Relations», *Common Market Law Review*, Vol. 47, 2010, pp. 323-359.

<sup>83</sup> Artículo 3.3 del TUE.

miembros relacionadas con las causas de adquisición de la nacionalidad, sus efectos cualitativos pueden ser más importantes que los cuantitativos. Si bien las consecuencias del IIP son de hecho marginales en términos puramente numéricos, sus efectos cualitativos o sustantivos parecen tener mucha más categoría. Poner un precio a la nacionalidad maltesa, citando a la anterior Vicepresidenta Reding, condujo a las instituciones europeas a enfrentarse a un problema mayor: ¿Cuánto cuesta la ciudadanía de la UE?

La comercialización de la ciudadanía de la Unión fue incluso un paso más allá en el caso de Malta por la introducción de una empresa privada como intermediaria entre el Estado y los extranjeros que desean adquirir la nacionalidad. A pesar de que este punto no fue especialmente destacado por la Comisión, fue uno de los aspectos más criticables de la venta de la nacionalidad maltesa desde la perspectiva de la UE. La implementación del IIP fue puesta en manos de un concesionario. Por la forma en la que dicho concesionario anuncia el programa maltés,<sup>84</sup> se podría concluir que las personas a las que la empresa considera como posibles compradores no están particularmente interesados en vivir o residir en Malta. La compañía ha anticipado que lo que va a atraer a los clientes es la posibilidad de moverse y vivir en algún otro Estado miembro de la UE o incluso en los Estados Unidos.<sup>85</sup> Así, el precio de la nacionalidad maltesa se basa realmente en la adquisición de la ciudadanía de la UE, así como en los derechos y las libertades vinculadas a tal estatus. Las personas que compran la nacionalidad maltesa evidentemente quieren vivir en otro lugar de la UE y están dispuestos a pagar ese precio a Malta. Desde esta perspectiva, el Estado maltés puede ser visto como un oportunista que cobra un alto precio por la compra de algo que otros Estados de la UE proporcionan y pagan: residencia en su país y la ciudadanía de la Unión.

Por tanto, el principal objetivo comunitario que se ponen en situación de riesgo a raíz del IIP maltés es el estatus de la ciudadanía de la Unión. En el Preámbulo del TUE se establece el compromiso de los Estados miembros de «crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países». Esta frase debe

---

<sup>84</sup> Entre las ventajas que la empresa *Henley & Partners* resaltó del IIP se incluían el de hecho de que «la ciudadanía de la Unión confiere el derecho de establecimiento en todos los 28 Estados miembros de la UE y Suiza» y «la exención de visado para viajar a más de 160 países en el mundo, incluyendo los Estados Unidos». Véase [www.henleyglobal.com/citizenship-malta-citizenship](http://www.henleyglobal.com/citizenship-malta-citizenship) y <http://daphnecaruanagalizia.com/wp-content/uploads/2013/11/Malta-Individual-Investor-Program-1310-copy.pdf>.

<sup>85</sup> Véase «Malta's VWP impact on US immigration to be reviewed in 2014», *Malta Independent*, 24 de noviembre de 2013.

larse en el contexto de los objetivos de la Unión descritos en el artículo 3 del TUE,<sup>86</sup> la segunda parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el título V de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (Ciudadanía). Poner un precio a la ciudadanía de la Unión a través del IIP maltés fue considerado por las instituciones europeas un riesgo para la esencia de tal institución y para su naturaleza común a los nacionales de los países de la UE. Permitir a los nacionales más ricos de terceros países obtener por la vía rápida la ciudadanía de la UE (sin considerar criterio alguno más allá del meramente económico) se consideró, además, discriminatorio.<sup>87</sup>

Con el fin de abordar estas cuestiones, una de las principales demandas de la Comisión Europea para Malta a la luz del deber de cooperación leal fue la introducción de una «conexión real» o «vínculo efectivo» (en la línea del asunto *Nottebohm*) para la concesión de la nacionalidad maltesa en el marco del IIP. La Comisión entendía que ese vínculo efectivo debía articularse mediante el establecimiento de un periodo de residencia efectiva en el país previo a la adquisición de la nacionalidad maltesa. No obstante, este factor de vinculación o conexión en el campo de la nacionalidad merece cierta reflexión. ¿Qué es realmente el vínculo efectivo? ¿Cuáles son los criterios exactos para concluir que ese vínculo es de hecho «efectivo»? ¿Cómo se puede verificar de forma objetiva la existencia de ese vínculo o conexión? En este sentido, la línea de argumentación de la CIJ en el caso *Nottebohm* ha sido objeto de un rico, a la par que crítico, debate académico.

Estudiosos como Hall se han posicionado a favor de la doctrina de la CIJ, subrayando la idea de que el deber de cooperación leal se quebrantaría si un Estado miembro concede su nacionalidad a una persona que no posea un vínculo efectivo con ese Estado; su apariencia como un nacional de ese Estado miembro es efímera, abusiva y simulada, y por lo tanto contraviene la norma consagrada en *Nottebohm*.<sup>88</sup> Otros han sido más críticos con el carácter limi-

---

<sup>86</sup> El artículo 3.2 del TUE establece que la Unión «ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores»

<sup>87</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre la ciudadanía de la UE en venta, 2013/2995(RSP), 16 de enero 2014, punto K: «la preocupación existente por la discriminación que estas prácticas de los Estados miembros puedan suponer, en la medida en que solo permiten obtener la ciudadanía de la UE a los nacionales más ricos de terceros países, sin que se tome en consideración ningún otro criterio».

<sup>88</sup> HALL, S., *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995. Véase también O'LEARY, S., *Nationality Law and Community Citizenship: A Tale of Two Uneasy Bedfellows*, 12 Yearbook of European Law, 1992, p. 353.

tado que presenta el concepto de vínculo efectivo y el alto nivel de subjetividad que queda en manos de los Estados para tratar de determinar la existencia de conexiones como «apego» o «lazos sociales», que en el pasado ha planteado desafíos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Guild, por ejemplo, se ha referido al uso desacertado del requisito del vínculo efectivo por parte de los Estados para excluir a ciertos grupos de personas, siendo ello contrario a los principios de no discriminación por motivos de raza y origen étnico.<sup>89</sup> El caso de los nacionales británicos del este de África que fueron excluidos de la residencia en el Reino Unido en virtud de la Ley de Inmigración de la Commonwealth de 1968 constituye un ejemplo de ello.<sup>90</sup> Como Kruma ha destacado, existe una falta de acuerdo y de entendimiento común en la determinación del alcance exacto y la definición del concepto de «vínculo efectivo» en la literatura académica y en los instrumentos jurídicos internacionales y europeos relevantes.<sup>91</sup>

La insistencia del Parlamento y la Comisión Europea en el vínculo efectivo como el factor más importante dentro del contexto más amplio del principio de cooperación leal puede considerarse como un argumento de doble filo. Los criterios de residencia podrían constituir sin duda uno de los factores más objetivamente verificables de la conexión entre una persona y el país que concede la naturalización. Pero, ¿qué significa exactamente residencia «habitual», «efectiva» o «funcional» a los efectos de la legislación reguladora de la nacionalidad? El de la residencia es un criterio generalizado entre las normas de adquisición de la nacionalidad de los Estados miembros. Sin embargo, desde una perspectiva comparada, no existe un criterio común o unívoco relativo al ámbito material del concepto de residencia, requiriéndose no

---

<sup>89</sup> GUILD, E., *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, The Hague: Kluwer Law International, Chapter 4 (The Residence/Citizenship Nexus), 2004, pp. 68-81.

<sup>90</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa declaró que dicha ley es contraria al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Véase *East African Asians* [1973] 3 EHRR 76). Sin embargo, esto no impidió que el Reino Unido promulgase la Ley de Nacionalidad Británica en 1981, en la que se re-assignó la nacionalidad a aquellas personas que presentaran «un vínculo» con el Reino Unido que dependía de si uno de sus padres había nacido en su territorio, por lo que los asiáticos del este de África fueron categorizados como «Ciudadanos Británicos de Ultramar» sin derecho de residencia y sin ser considerados nacionales británicos a los efectos de la ciudadanía de la Unión.

<sup>91</sup> KRUMA, K., *An Ongoing Challenge: EU Citizenship, Migrant Status and Nationality (Focus on Latvia)*, Lund University, Faculty of Law, 2012, pp. 58-63.

solo distintos períodos de tiempo sino también distintas tipologías de residencia, como residencia permanente, residencia legal o residencia continuada.<sup>92</sup> Como el asunto maltés bien ilustra, el significado y el alcance exactos del concepto de residencia sigue siendo un área gris, sujeta a un cierto grado de arbitrariedad y aplicación flexible con respecto a los nacionales más adinerados de terceros países. Por otro lado, las instituciones europeas, al cimentar su posición en la doctrina emanada del caso *Nottebohm*, pueden incurrir en el error de promover usos nacionalistas del «vínculo efectivo» por parte de los Estados miembros y que servirían a éstos para justificar políticas nacionales restrictivas en materia de adquisición de la nacionalidad<sup>93</sup> cuya compatibilidad con otros principios generales de la UE (como el de no discriminación, diversidad y derechos fundamentales) es discutible.<sup>94</sup>

En consecuencia, la insistencia del Parlamento Europeo y la Comisión sobre la necesidad de que los Estados miembros garanticen y fortalezcan ese vínculo efectivo, paradójicamente podría conducir a un endurecimiento de las prácticas nacionalistas en la determinación de quién es o no es ciudadano de la UE y a la posible privación a determinados grupos de personas de ese estatus, situación esta difícilmente reconciliable con el principio de no discriminación. Un dilema similar se puede encontrar en el análisis crítico realizado por Shachar y Hirschl sobre los programas de «dinero a cambio de pasaportes comunitarios», a través de los cuales se vende a las élites más adinerada del mundo lo que éstos denominan la «nacionalidad olímpica».<sup>95</sup> Al abogar por la prohibición de estos programas, otorgar especial valor al acto público de la naturalización y subrayar la necesidad de la existencia de un «nexo justo» o «conexión real» entre la nacionalidad del Estado concedente y el individuo, estos autores pueden indirectamente alentar la aplicación de prácticas de exclusión y nacionalistas de los Estados, tendentes a la comprobación del vínculo o la integración del solicitante en un conjunto construido de valores democráticos liberales nacionales adscritos artificialmente a la fibra cívica de «la sociedad de acogida».

---

<sup>92</sup> Véase Anexo 2.

<sup>93</sup> Especialmente en el caso de conceptos como «lazos sociales», «apego» con un fuerte componente cultural o la verificación de los mismos a través de las pruebas de integración.

<sup>94</sup> CARRERA, S., *In Search of the Perfect Citizen? The Intersection between Integration, Immigration and Nationality in the EU*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 383-387. Véase también CARRERA, S. y GUILD, E., «Are Integration Tests Liberal? The 'Universalistic Liberal Democratic Principles as Illiberal Exceptionalism'», 2010.

<sup>95</sup> SHACHAR, A. y HIRSCHL, R., «On Citizenship, States and Markets», *Journal of Political Philosophy*, Vol. 22, No. 2, 2014, pp. 231-257.

Después de todo, los Estados miembros de la UE no pueden cuestionar las decisiones relativas a la nacionalidad de otros Estados miembros y han de seguir de forma estricta la línea de razonamiento recogida en el caso *Nottebohm* sobre el vínculo efectivo, tal y como ha especificado el TJUE. En el asunto *Micheletti*, el TJUE consideró que una vez que un Estado miembro ha reconocido a una persona como nacional,<sup>96</sup> el resto Estados miembros no están autorizados a ir más allá de dicha decisión e indagar si existe un nexo entre ese individuo y el Estado miembro cuya nacionalidad ostenta con el fin de justificar las restricciones a los derechos y libertades de la ciudadanía de la Unión.<sup>97</sup> Además, la Comisión podría no haber tenido debidamente en cuenta que, si bien la CIJ no consideró que el Sr. *Nottebohm* tenía derecho a la protección diplomática por parte de Liechtenstein, la concesión de la nacionalidad sí se consideró válida a pesar de la ausencia del «vínculo efectivo». Y al poner sobre la mesa una determinada lectura de la argumentación dada por la CIJ sobre el vínculo efectivo en el ámbito de nacionalidad para los propósitos de ciudadanía de la Unión, la Comisión puede proporcionar a los Estados miembros la posibilidad de hacer un uso inadecuado del argumento de la falta de vínculos reales para limitar y/o restringir las libertades otorgadas por el estatus de ciudadano europeo.

Una manera distinta de afrontar este dilema podría haber sido enfocar la violación del principio de cooperación leal teniendo en cuenta la lógica oportunista de programas como el IIP maltés. Malta y otros Estados miembros de la UE con programas similares están cobrando un precio por la compra de algo que otros Estados miembros de la UE proporcionan y costean: la residencia en otros Estados miembros y/o las libertades vinculadas a la ciudadanía de la Unión. Además, la venta directa y la comercialización de la nacionalidad a través de un agente del sector privado como intermediario afecta el concepto y la esencia misma de la ciudadanía europea. Por otra parte, en la interpretación de la teoría del vínculo efectivo, la Comisión podría haber considerado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos relacionados con la nacionalidad, que ha venido revelando la incompatibilidad entre los usos dados por algunos de los Estados miembros de la UE del criterio del vínculo real o conexión efectiva con los principios de no discriminación y de igualdad de trato en el ámbito de la nacionali-

---

<sup>96</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., «Note of the Case C-390/90 *Micheletti v Delegación del Gobierno de Cantabria*», *Common Market Law Review*, Vol. 30, 1993, p. 623.

<sup>97</sup> Véase también la sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, *Rec. p.* I-9925.

dad.<sup>98</sup> Es cierto que el requisito de residencia bien puede constituir una de las pocas formas disponibles para reducir la arbitrariedad de la que gozan los Estados que venden la ciudadanía de la Unión. Sin embargo, el riesgo de que el argumento del vínculo efectivo sirva para dar cobijo a propuestas nacionalistas y restrictivas en el ámbito de la nacionalidad, constituye un auténtico desafío para los propósitos de la institución de la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros de la UE,<sup>99</sup> que tiene en su base (según el Tratados de la UE) en la lucha contra la discriminación y la promoción de la justicia social y los derechos fundamentales.

En cuanto a los componentes procedimentales del principio de cooperación leal, la cuestión que podría plantearse es si Malta debería haber consultado a los demás Estados miembros de la UE y las instituciones europeas antes de la adopción del IIP. En esta línea se expresó un representante de la Comisión Europea en la prensa maltesa al señalar que «Malta podría haber tenido que consultar a otros Estados miembros antes de aprobar el IIP».<sup>100</sup> Mientras que el mero acto de informar o consultar a las contrapartes y a las instituciones europeas no habría justificado el incumplimiento por parte de Malta de los principios generales de la UE, la Comisión Europea podría haber puesto más énfasis en la necesidad de que cualquier acción u omisión de un Estado miembro, ya sea actual o futura, que afecte directa o indirectamente a los derechos y libertades derivados de la ciudadanía de la UE y, consecuentemente, a la esencia misma de esta institución, deba ser objeto de un intercambio de información y/o una consulta previa al resto de Estados y a los servicios de la Comisión. Asimismo, la Comisión debería proporcionar unas directrices claras sobre los tipos de restricciones que han de observar los Estados miembros en la concesión de su nacionalidad y que se derivan del principio de cooperación leal en el Derecho de la UE.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Véase DE GROOT, R.-G. y VONK, O., «Nationality, statelessness and ECHR's Article 8: Comments on *Genovese v Malta*», *European Journal for Migration Law*, Vol. 4, No. 3, 2012, pp. 317-325.

<sup>99</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec.* p. I-6193. Véase también MARÍN CONSARNAU, D., «TJUE - Sentencia de 05.05.2001, *S. McCarthy/Secretary of State for the Home Department*, C-434/09 – Artículo 21 TFEU – Libre circulación de personas – Nacional que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad – Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 221-236.

<sup>100</sup> «IIP / Brussels contemplating infringement proceedings against Malta», *Malta Today*, 18 de enero de 2014.

<sup>101</sup> Véase LANG, J.T., «Developments, Issues and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts under Article 10 EC Treaty», *Fordham International Law Journal*, 27, N. 6, 2003, pp. 1904-1939.

Aparte de las consideraciones relativas a la articulación del principio de cooperación leal en el sistema jurídico de la UE y de su aplicación a las cuestiones de nacionalidad, el programa de venta de la nacionalidad maltesa ha puesto de manifiesto la relevancia de un conjunto de principios legales, tanto europeos como internacionales, que ofrecen una «constelación posnacional» de normas y obligaciones que afectan a la discrecionalidad de los Estados en la atribución, restricción y revocación de los derechos derivados de la nacionalidad.<sup>102</sup> El epíteto «posnacional» es usado aquí en la línea del creciente proceso de privación al Estado-nación de sus poderes clásicos y competencias autónomas formalmente consagradas. Esta constelación de principios posnacionales está extendiendo progresivamente su influencia sobre las fronteras del «quién» es extranjero y «quién» es ciudadano de la Unión, así como sobre la clásica articulación del poder soberano de los Estados para determinar quiénes son sus nacionales y, consecuentemente, quiénes disfrutan de los derechos y libertades derivados de una ciudadanía supranacional. Es en este sentido, el caso de la venta de la nacionalidad de Malta puede haber constituido un importante avance para las cambiantes características de la institución de la ciudadanía de la Unión.

## VI. CONCLUSIONES

El caso maltés ha reavivado un debate que ha acompañado a la institución de la ciudadanía de la Unión desde sus orígenes: ¿pueden los Estados miembros de la UE tomar decisiones libremente en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad sin ningún tipo de supervisión o rendición de cuentas a la UE? El IIP provocó numerosas críticas tanto a nivel nacional como por parte de las instituciones europeas. El precio de venta de la nacionalidad maltesa se basó en buena medida en la adquisición de la ciudadanía de la Unión y los derechos de libre circulación y residencia que ésta confiere. En una acción sin precedentes en el ámbito de la nacionalidad a nivel de europeo, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea expresaron su oposición a la adopción del programa maltés, exigiendo a Malta la modificación del IIP. La principal petición de la Comisión fue la introducción del criterio del vínculo efectivo en el proceso de concesión de la nacionalidad maltesa en

---

<sup>102</sup> HABERMAS, J., *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge, MA: MIT Press, Chapter 4, 2001, pp. 58-112.

el marco del IIP, que finalmente se articuló a través del establecimiento del requisito de residencia efectiva.

Pocos pudieron anticipar este asunto y la manera en que se desarrolló. La incidencia del IIP desde el punto de vista cuantitativo para el resto de Estados miembros se esperaba que fuese limitada. A pesar de ello y de las dificultades para justificar la intervención de la UE, la Comisión Europea anunció que estaba estudiando iniciar los procedimientos pertinentes (expediente de infracción) contra Malta y posteriormente logró convencer a las autoridades maltesas para que reformaran el IIP, adaptándolo a los requerimientos de las instituciones comunitarias.

Si bien Malta ha sido hasta el momento el único país de la UE expresamente requerido por las instituciones europeas para ajustar su programa de naturalización a los «valores de la UE», no es precisamente el único Estado miembro que cuenta con planes de naturalización dirigidos a inversores o donantes. Al realizar un análisis comparativo se puede observar que existen al menos otros dos países que han puesto precio a la ciudadanía de la UE, a saber, Chipre y Bulgaria. Una característica común de algunos de estos programas es la exigencia de garantizar una donación financiera para el Estado, más allá de la mera inversión en el país, siendo este un elemento novedoso en relación con los criterios que tradicionalmente se vienen aplicando para la concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza en los Estados miembros. Estos Estados miembros pueden estar aprovechando el carácter exclusivo de la competencia en cuestiones relativas a la adquisición y pérdida de la nacionalidad para implementar planes de naturalización para los extranjeros más adinerados y que se diseñan para responder a los intereses económicos nacionales, en detrimento de los de la Unión en su conjunto. Uno de los componentes clave y que hacen especialmente atractivos estos programas para nacionales de terceros países es la posibilidad de circular y residir libremente en la UE, en cualquier otro Estado distinto a aquel en el que se realizó la inversión o donación. Siendo así, estos Estados miembros se convierten en oportunistas que se benefician injustamente de los atractivos de la vida en otros países de la UE en detrimento de la sustancia misma de la ciudadanía de la Unión.

Por lo tanto, es sorprendente que ningún otro estado miembro de la UE de los que aplica planes similares al de Malta haya sido requerido por las instituciones europeas. Sin embargo, el caso de Malta no puede ser entendido correctamente sin prestar la debida atención a las luchas políticas internas entre el Gobierno de Malta y el actual partido de la oposición, y a los víncu-

los de éste con agentes de determinadas instituciones europeas. Más allá de las disputas políticas específicas, con el presente estudio se ha evidenciado que la reacción de la UE puede ser vista como un precedente legal en la determinación de la legalidad de los programas de naturalización para inversores en toda la Unión, así como de las futuras disputas en el campo de la nacionalidad-ciudadanía vinculadas a las acciones u omisiones de los Estados miembros relacionadas con la adquisición de la nacionalidad.

Contrariamente a las hipótesis preliminares, la Comisión y el Parlamento Europeo han reclamado con éxito la copropiedad sobre los asuntos relativos a la nacionalidad, especialmente cuando la legislación de los Estados miembros afecte a las libertades individuales derivadas de la ciudadanía supranacional y al principio general de la UE de cooperación leal. A pesar de la escasa repercusión cuantitativa del IIP en relación con el número de solicitantes que se beneficiarían del programa y que potencialmente ejercerían las libertades de movimiento y residencia en otros Estados miembros, las instituciones europeas dieron preferencia a las repercusiones cualitativas de la venta de la nacionalidad para el concepto mismo de la ciudadanía de la Unión. El programa de venta de la nacionalidad de Malta constituye un ataque al deber de cooperación leal, poniendo en riesgo la sustancia de la ciudadanía europea; las libertades derivadas de la ciudadanía de la UE no deben ser vendidas como un simple producto comercializable. En relación con los argumentos legales que sirvieron de apoyo a la Comisión, la normativa legal supranacional y los principios generales del Derecho emanados de los tribunales internacionales jugaron un papel central. En particular la necesidad de que la legislación maltesa asegurara un «vínculo efectivo» entre el solicitante de la naturalización y este país, vínculo que se articuló a través de un periodo de residencia efectiva. La falta de este «vínculo» fue visto por las instituciones europeas como una violación del principio de cooperación leal de la UE.

La insistencia de las instituciones europeas en el vínculo efectivo como el factor más importante dentro del contexto más amplio del principio de cooperación leal plantea un dilema fundamental desde la perspectiva de la ciudadanía europea: ¿qué es el vínculo efectivo? Mientras que la «residencia efectiva» podría constituir una de las formas más objetivas para garantizar la seguridad jurídica en los procesos de naturalización en el marco del IIP, los propios conceptos de vínculo efectivo y residencia efectiva siguen sujetos a un cierto grado de arbitrariedad. A pesar de ser un elemento que se aplica en la legislación de todos los Estados miembros, no existe un concepto común

de residencia. Además, el argumento del vínculo efectivo ha servido a los Estados miembros para justificar prácticas discriminatorias y la introducción de determinadas condiciones para la naturalización (pruebas de integración) para evidenciar la existencia de lazos sociales o apego cultural con el país.<sup>103</sup> La compatibilidad entre estas prácticas y otros principios generales de la UE, como el principio de no discriminación, es cuanto menos dudosa. Igualmente, esa insistencia en el vínculo efectivo por parte de las instituciones europeas puede, paradójicamente, alimentar la aplicación de prácticas nacionalistas en la determinación de quién es o no es un ciudadano de la UE por parte de los Estados miembros.

¿Supone el caso de Malta un gran avance para el papel de la UE en materia de nacionalidad? El asunto de la venta de la nacionalidad maltesa representa una primera incursión directa de las instituciones europeas en un ámbito competencial hasta ahora exclusivo de los Estados miembros de la UE, esto es, las causas de adquisición de la nacionalidad. Se ha evidenciado la relevancia y la importancia cada vez mayor de una serie de principios generales internacionales y europeos que limitan la discrecionalidad de los Estados miembros en materia de nacionalidad y que proporcionan un diseño institucional para evaluar sus acciones a la luz de sus implicaciones para las libertades de la ciudadanía supranacional. No obstante, es necesario que la UE aporte directrices claras de los límites que los Estados miembros deben respetar en la concesión de su nacionalidad de conformidad con el deber de cooperación leal recogido en la legislación de la UE. Probablemente no exista necesidad de que la UE se involucre en el diseño de la legislación reguladora de la nacionalidad de los Estados miembros, pero cuando las normas de los Estados miembros relativas a la concesión de su ciudadanía se diseñan para aprovechar el deseo de gente con alto poder adquisitivo de obtener la ciudadanía de la UE que les permite vivir y circular libremente en todos los demás Estados miembros, entonces es en el interés del conjunto de la UE garantizar que se cumplen las reglas del juego.

---

<sup>103</sup> CARRERA, S, «Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea», *Revista Migraciones*, N. 20, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, pp. 37-73.

## VII. ANEXOS

## ANEXO 1

<b>País</b>	<b>Requisitos para la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza (potestad discrecional)</b>
<b>Austria</b>	Contar con logros pasados o futuros que resulten de especial interés para Austria.
<b>Bélgica</b>	Residencia legal en Bélgica y haber alcanzado logros excepcionales (científicos, deportivos, culturales) de especial interés para el país.
<b>Bulgaria</b>	Contar con logros especiales en los ámbitos social y económico, la ciencia, la tecnología, la cultura o el deporte
<b>Chipre</b>	Haber prestado servicios especiales a Chipre por razones de interés público.
<b>Croacia</b>	Cuando la adquisición de la nacionalidad croata por el solicitante sea de especial interés para Croacia. Respetar el ordenamiento jurídico, las costumbres y la cultura del país.
<b>Eslovaquia</b>	Haber alcanzado logros especiales y beneficiosos para Eslovaquia en economía, ciencia, tecnología, cultura, deporte o sociedad, o cuando la adquisición de la nacionalidad por el solicitante sea de interés para el país.
<b>Eslovenia</b>	Cuando la adquisición de la nacionalidad eslovena por el solicitante adulto resulte beneficiosa para el país debido a razones científicas, económicas, culturales, nacionales u otras similares.
<b>España</b>	Concurrencia de circunstancias excepcionales
<b>Estonia</b>	Tener méritos especiales en el ámbito de la ciencia, la cultura, los deportes o en otras áreas. Se establece un límite máximo de concesiones de nacionalidad por esta vía de 10 personas por año.
<b>Francia</b>	Prestar o haber prestado servicios excepcionales para Francia o en caso de especial interés público, desempeñar o haber desempeñado servicios de importancia para Francia debido a sus capacidades y aptitudes, o ser de origen francés y contribuir a la reputación de Francia y a sus relaciones económicas internacionales.
<b>Grecia</b>	Haber prestado servicios extraordinarios a Grecia; cuando la naturalización sirva a los intereses extraordinarios del país; o ser atleta olímpico, residente en Grecia durante 5 años en los últimos 12 años y tener derecho a participar en el equipo nacional griego.
<b>Hungría</b>	Servir a un interés importante de Hungría y ser residente en el país.
<b>Irlanda</b>	Ser honorable o haber prestado servicios excepcionales para Irlanda, o ser hijo o nieto de tal persona.
<b>Italia</b>	Haber prestado servicios especiales para Italia o cuando la adquisición de la nacionalidad por el solicitante sirva a los intereses públicos.
<b>Letonia</b>	Haber prestado servicios especialmente meritorios en beneficio de Letonia.

<b>Lituania</b>	Realizar una significativa contribución al fortalecimiento de Lituania como Estado, a su peso y fuerza en la comunidad internacional.
<b>Luxemburgo</b>	Haber prestado servicios excepcionales a Luxemburgo.
<b>Malta</b>	Haber prestado servicios excepcionales a Malta o a la humanidad.
<b>Países Bajos</b>	Supuestos excepciones como ser la esposa de un diplomático, un deportista o una persona que merece un tratamiento especial por razones humanitarias.
<b>Portugal</b>	Haber prestado o estar llamado a prestar servicios relevantes para Portugal o para la comunidad portuguesa. No contar con antecedentes penales
<b>Rumanía</b>	Ser una personalidad de fama internacional nacido y residente en Rumanía, o que haya sido residente en el país durante 4 años. En el caso de haber realizado contribuciones especiales para Rumanía se concede la «ciudadanía honoraria» por el Parlamento.
<b>Suecia</b>	Concurrencia de razones especiales.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Observatorio de la ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, disponible en <http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition>.

## ANEXO 2

<b>País</b>	<b>Requisitos para la adquisición de la nacionalidad por residencia</b>
<b>Alemania</b>	Residencia en Alemania durante 8 años y tener derecho a la residencia permanente.
<b>Austria</b>	Residencia en el país durante 10 años, de los cuales 5 años con permiso de residencia permanente.
<b>Bélgica</b>	Residencia legal en Bélgica de entre 5 y 10 años.
<b>Bulgaria</b>	Residencia permanente en los 5 años anteriores a la presentación de la solicitud.
<b>Chipre</b>	Residencia en Chipre durante 5 años dentro de un período de 7 años, de los cuales el año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud debe haberse residido de forma continua.
<b>Croacia</b>	Residencia de 5 años inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud.
<b>Dinamarca</b>	Residencia en Dinamarca durante 9 años con un permiso de residencia permanente en el momento de la solicitud.
<b>Eslovaquia</b>	Residencia continuada en Eslovaquia durante los 8 años inmediatamente anteriores a la solicitud o 10 años con un permiso de residencia permanente.
<b>Eslovenia</b>	Residencia en Eslovenia por 10 años, de los cuales 5 deben ser continuos, y con «status de establecido».
<b>España</b>	Residencia durante 10 años.

<b>Estonia</b>	Residencia en Estonia durante 8 años, de los cuales los últimos 5 años han de ser de forma permanente.
<b>Finlandia</b>	Residencia durante 5 años ininterrumpidos o 7 años desde la edad de 15, residiendo los últimos 2 años de forma ininterrumpida.
<b>Francia</b>	Residencia en el país durante 5 años.
<b>Grecia</b>	Residencia permanente en Grecia durante 7 años.
<b>Hungría</b>	Residencia en el país durante 8 años con un permiso de establecimiento.
<b>Irlanda</b>	Adulto o menor de edad nacido en Irlanda y 5 años de residencia en el país durante los últimos 9 años, incluido el año anterior a la presentación de la solicitud.
<b>Italia</b>	Residencia durante 10 años.
<b>Letonia</b>	Residencia permanente en Letonia durante 5 años.
<b>Lituania</b>	Residencia legal en Lituania durante los últimos 10 años previos a la presentación de la solicitud y permiso de residencia permanente.
<b>Luxemburgo</b>	Residencia en el país durante los 7 años anteriores a la presentación de la solicitud.
<b>Malta</b>	Residencia en Malta durante al menos 5 de los últimos 7 años anteriores a la presentación de la solicitud.
<b>Países Bajos</b>	Residencia en los Países Bajos durante los 5 años inmediatamente anteriores a la solicitud.
<b>Polonia</b>	Residencia en Polonia durante 3 años con un permiso de residencia permanente.
<b>Portugal</b>	Residencia en el país durante 6 años.
<b>Reino Unido</b>	Residencia en el Reino Unido durante 5 años.
<b>República Checa</b>	Residencia en el país durante 5 años y con permiso de residencia permanente.
<b>Rumanía</b>	Residencia en el país durante 8 años.
<b>Suecia</b>	Residencia en Suecia durante 5 años con un permiso de residencia permanente.

Elaboración propia a partir de los datos del Observatorio de la ciudadanía *EUDO*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, disponible en <http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition>

#### LA CIUDADANÍA EUROPEA EN VENTA. EL PROGRAMA DE VENTA DE LA NACIONALIDAD MALTESA: ¿UNA BRECHA EN EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN LEAL EN EL ÁMBITO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN?

**RESUMEN:** ¿Cuánto cuesta la ciudadanía de la Unión? Esta pregunta suscitó no poca polémica en el marco del programa de venta de la nacionalidad aprobado por Malta a finales del 2013. La venta directa de la nacionalidad maltesa a nacionales extracomunitarios con un alto nivel de recursos económicos dio lugar a una respuesta sin precedentes por parte de la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. El presente estudio examina dicho pro-

grama y su relevancia en el diseño actual y futuro de la ciudadanía de la Unión. Igualmente se analiza el nivel de autonomía de los Estados Miembros en la regulación de las causas de adquisición y pérdida de la nacionalidad en el contexto de la Unión Europea. Se realiza también un breve estudio comparativo de los programas de venta de nacionalidad en distintos Estados miembros. La naturaleza de la intervención de la Unión Europea en el programa maltés como precedente legal para evaluar la legalidad de los programas de venta de pasaporte o venta de residencia en otros Estados de la Unión es asimismo objeto de discusión en el estudio. El caso maltés ha puesto de manifiesto la creciente importancia de una serie de principios jurídicos, Europeos e Internacionales, que limitan la discrecionalidad de los Estados miembros en materia de nacionalidad, proporcionando un *tertium comparationis* con el que evaluar el impacto de sus decisiones sobre la ciudadanía de la Unión. El programa maltés ha venido a subrayar la relevancia del principio general de la Unión Europea de cooperación leal en materia de nacionalidad. Las acciones de los Estados Miembros en este ámbito no pueden afectar negativamente a la esencia del concepto ni a las libertades vinculadas a la ciudadanía europea.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía de la Unión; Nacionalidad; Programa de naturalización para inversores; Vínculo efectivo; Cooperación leal.

THE PRICE OF EU CITIZENSHIP.  
THE MALTESE CITIZENSHIP-FOR-SALE AFFAIR: A BREACH  
FOR SINCERE COOPERATION IN CITIZENSHIP OF THE UNION?

ABSTRACT: How much does European citizenship cost in the EU? This was the question that has raised so much controversy over the 2013 Maltese citizenship-for-sale programme. The outright selling of Maltese nationality to rich foreigners led to unprecedented responses by the European Parliament and European Commission. This paper examines the affair and its relevance for current and future configurations of citizenship of the EU. It studies the extent to which member states are still free to lay down the grounds for the acquisition and loss of nationality without any EU supervision and accountability. It provides a comparative overview of member state schemes. It is argued that the EU's intervention on the Maltese citizenship-for-sale affair constitutes a legal precedent for assessing the lawfulness of passport-for-sale or golden migration programmes in other EU member states. The affair has also revealed the increasing relevance of a set of European and international legal principles limiting member states' discretion over citizenship matters and providing a supranational constellation of accountability venues scrutinising the impact of their decisions over citizenship of the Union. The Maltese citizenship-for-sale affair has placed at the forefront the EU general principle of sincere cooperation in nationality matters. Member states' actions in the citizenship domain cannot negatively affect in substance the concept and freedoms of European citizenship.

KEY WORDS: European citizenship; Citizenship; Investor citizenship programme; Genuine link; Sincere cooperation.

LA CITOYENNETE EN VENTE. LE PROGRAMME DE VENTE DE NATIONALITE MALTAISE: UN ÉCART DU PRINCIPE DE COOPERATION LOYALE DANS LE DOMAINE DE LA CITOYENNETE DE L'UNION?

**RÉSUMÉ:** Combien coûte la citoyenneté de l'Union Européenne? Cette question a suscité beaucoup de controverses dans le cas du programme de vente de nationalité adopté par Malte en 2013. La vente directe de la nationalité maltaise aux étrangers extra-communautaires riches a conduit à des réponses sans précédent par le Parlement Européen et la Commission Européenne. Cet article étudie l'affaire et son importance pour la conception actuelle et future de la citoyenneté de l'Union. L'article analyse dans quelle mesure les Etats membres demeurent responsables de décider librement des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité sans intervention de l'Union Européenne. En outre, l'article présente un aperçu comparatif des régimes de vente de citoyenneté de l'Union qui existent dans les Etats membres avec leurs prix correspondants. On fait valoir que l'intervention de l'Union Européenne dans le programme maltais constitue un précédent légal pour apprécier la légalité des programmes de vente de passeport ou de résidence dans les autres Etats membres de l'Union. Le cas maltais a révélé l'importance croissante d'une série de principes légaux européens et internationaux limitant le pouvoir discrétionnaire des Etats membres en matière de citoyenneté et définissant une constellation supranationale de responsabilité pour examiner l'influence de leurs décisions en matière de citoyenneté de l'Union. L'affaire maltaise du programme de vente de nationalité a placé au premier rang le principe général de l'Union Européenne de coopération loyale en matière de nationalité. Essentiellement, les mesures des Etats membres dans le domaine de citoyenneté ne peuvent porter atteinte ni à la notion ni aux libertés de la citoyenneté européenne.

**MOTS CLÉS:** Citoyenneté de l'Union; Nationalité; Programme de citoyenneté pour investisseurs; Attachement réel/rattachement effectif; Lien réel; Coopération loyale.



**NOTAS**



LAS VÍCTIMAS ENCUENTRAN SU LUGAR ANTE  
EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:  
UNA «SATISFACCIÓN EQUITATIVA»  
POR LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS  
EN LAS RECLAMACIONES ENTRE ESTADOS  
(CHIPRE CONTRA TURQUÍA)

CARMEN QUESADA ALCALÁ\*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA POR LAS DEMANDAS INTERESTATALES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA DEUDA PENDIENTE
  1. EL ITINERARIO HACIA LA «SATISFACCIÓN EQUITATIVA», LAS DEMANDAS INTERESTATALES DE CHIPRE CONTRA TURQUÍA.
  2. UN PLAZO PARA LA RECLAMACIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: ¿RELEVANTE O IN-NECESARIO?
  3. LA NATURALEZA DE LAS DEMANDAS INTERESTATALES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Y LA APLICACIÓN DEL ART.41 DEL CEDH A LAS MISMAS.
    - A) *Los rasgos distintivos de las demandas interestatales: su relación con la protección diplomática.*
    - B) *La aplicación del art.41 CEDH a las demandas interestatales.*
- III. LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS POR VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS;
- IV. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA DESTINADA A LOS INDIVIDUOS Y SU DISTRIBUCIÓN Y SUPERVISIÓN, CUESTIONES CRUCIALES
  1. EL ESTADO DEMANDA Y LOS BENEFICIARIOS SON LOS INDIVIDUOS: ¿PARADOJA O CON-SECUENCIA LÓGICA?

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA Y LA SUPERVISIÓN DE SU APLICACIÓN EFECTIVA.
- V. HACIA UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y LA *LEX SPECIALIS* EN REFERENCIA A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS VÍCTIMAS DE SUS VIOLACIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones, en escasas ocasiones, nos encontramos ante sentencias que son mucho más que una sentencia. Nos hallamos ante pronunciamientos cruciales, que nos permiten realizar una reflexión sobre tendencias actuales del Derecho Internacional Público. En efecto, el 12 de mayo de 2014, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) adoptó una sentencia histórica y con repercusiones de hondo calado para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En dicha sentencia, y en el marco de las demandas interestatales de Chipre contra Turquía por su intervención militar en la isla en 1974, el Tribunal concedió una satisfacción equitativa a Chipre, con el fin de reparar los daños producidos a las víctimas de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos en dicha incursión militar. Es la primera vez que se adoptaba una decisión de este tipo para demandas interestatales (y no para demandas individuales), y ha supuesto una oportunidad única para que la instancia judicial europea salde una deuda pendiente respecto de este conflicto y en relación con las víctimas del mismo.

A continuación, examinaremos el itinerario que ha conducido a esta Sentencia de la Gran Sala, los argumentos que han justificado la aplicación a las demandas entre Estados de la «satisfacción equitativa» del art. 41 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la concesión de dicha reparación a las víctimas de las vulneraciones de sus derechos y las posibilidades de que dicha reparación se haga efectiva. Y finalizaremos con uno de los aspectos que, en esta sentencia, evidencian un camino coherente que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al establecer una relación sólida entre el Derecho Internacional General y la *lex specialis*. Pero, en todo momento, la inspiración de este estudio no será sino ahondar en el lugar que ocupa el Estado, así como el individuo en su condición de víctima, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## II. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA POR LAS DEMANDAS INTERESTATALES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA DEUDA PENDIENTE

### 1. EL ITINERARIO HACIA LA «SATISFACCIÓN EQUITATIVA», LAS DEMANDAS INTERESTATALES DE CHIPRE CONTRA TURQUÍA

La sentencia<sup>1</sup> que nos ocupa deriva de una Sentencia anterior («la sentencia principal»)<sup>2</sup>, en la que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó a Turquía por vulneración de distintas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en relación con las operaciones militares llevadas a cabo en el norte de Chipre en julio y agosto de 1974<sup>3</sup>. Hemos de recordar que en el verano de 1974, Turquía co-

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment (Just satisfaction) en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) o en español en la base de datos Aranzadi [www.nuevo.westlaw.es](http://www.nuevo.westlaw.es).

<sup>2</sup> Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2001, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) o en español en la base de datos Aranzadi [www.nuevo.westlaw.es](http://www.nuevo.westlaw.es).

<sup>3</sup> En la sentencia de la Gran sala de 10 de mayo de 2001 en el caso de *Chipre contra Turquía*, el Tribunal sostuvo, por 16 votos contra uno, que se habían dado 14 violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En relación con las personas grecochipriotas desaparecidas y sus familiares, se había constatado: la violación continuada del art.2 relativo al derecho a la vida, puesto que las autoridades habían fallado en cuanto a la conducción de una investigación efectiva sobre dichas desapariciones, y el destino de las víctimas; la vulneración continuada del art.5 (derecho a la libertad y seguridad), puesto que las autoridades turcas no habían llevado a cabo una investigación efectiva sobre las personas desaparecidas que estaban bajo custodia turca en el momento de su desaparición; la vulneración continuada del art. 8 (derecho a la vida privada y familiar) por impedir el retorno de los grecochipriotas desplazados a sus casa en el norte de Chipre; y una violación continuada del art.1 del Protocolo N°1 (derecho a la propiedad) por la denegación a los propietarios grecochipriotas del acceso, control, uso y disfrute de sus propiedades, y por no haberle concedido ninguna compensación por la interferencia en sus derechos de propiedad. Otras vulneraciones fueron constatadas en referencia a las condiciones de vida de los grecochipriotas en la región del norte de Chipre de Karpas, y en cuando a los derechos de éstos (Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2001, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94). Para un análisis de esta sentencia, véase, entre otros: HOFFMEISTER, F.; OXMAN, B.H., «*Cyprus v. Turkey*. European Court of Human Rights decision on Turkey's responsibility for violations by local authorities in northern Cyprus and with regard to missing persons», *American Journal of International Law*, Vol. 96, N° 2, 2002 , pp. 445-453; LÓPEZ BOFILL, H.,

menzó una intervención militar en Chipre, y en las décadas siguientes, Chipre inició cuatro demandas interestatales contra Turquía, conforme al art.33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup>. Sin embargo, y en cuanto a la «satisfacción equitativa» que habría de ser otorgada, el Tribunal, en su sentencia de 10 de mayo de 2001, sostuvo de modo unánime que el art.41 CEDH<sup>5</sup> no estaba listo para su aplicación y difirió su aplicación a un momento posterior.

Pero no es hasta el 11 de marzo de 2010 que Chipre acude al mismo tribunal, reclamando la satisfacción equitativa que le correspondía en referencia a las personas desaparecidas y respecto de las cuales había declarado la vulneración por Turquía de los artículos 2, 3 y 5 CEDH<sup>6</sup>. Para la Corte, Turquía había cometido estas violaciones en el contexto de las operaciones militares que habían sido conducidas en el norte de Chipre en julio y agosto de 1974, la continuada división del territorio de Chipre y las actividades de la República Turca del Norte de Chipre. En consecuencia, Chipre solicitaba la reparación de dichas vulneraciones.

Finalmente, y tras trece años desde la sentencia principal, las demandas interestatales desembocaron en la sentencia que otorgó la «satisfacción equitativa» de 12 de mayo de 2014, y que ahora es objeto de análisis. En dicha sentencia se concede una indemnización de 90 millones de euros en concepto de daños morales a las víctimas de las violaciones sistemáticas de derechos humanos en Chipre. Los beneficiarios designados por la sentencia son los familiares

---

«El Convenio Europeo de Derechos Humanos ante violaciones masivas de derechos», *Revista española de derecho europeo*, N.º. 49, 2014, pp. 91-124; LOUCAIDES, L.G., *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.107-120

<sup>4</sup> Paralelamente, se presentaron numerosas demandas individuales conforme a la Convención, como en el asunto *Loizidou y Varnava and others v. Turkey*. Véase, en especial: Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de septiembre de 2009, *Case of Varnava and others v. Turkey*, n.º16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Judgment en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) o en español en la base de datos Aranzadi [www.nuevo.westlaw.es](http://www.nuevo.westlaw.es).

<sup>5</sup> El art.41 dedicado a la satisfacción equitativa reza así: «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa» (Art.41 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (*BOE núm. 243*, 10 octubre 1979).

<sup>6</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 10 May 2001, *Case of Cyprus v. Turkey*, n.º 25781/94, operative part of the principal judgment, chapter II, points 2, 4 y 7.

de 1.456 personas desaparecidas, así como los habitantes del enclave griego chipriota de la Península de Karpas. En este sentido, no conviene olvidar lo que ya advirtió el Tribunal, al poner el énfasis en que los individuos designados por la Sentencia serían, en definitiva, los beneficiarios últimos de la cantidad otorgada. La sentencia supone un hito, ya que plantea una extensión sin precedentes del art.41 del CEDH a violaciones masivas de los derechos humanos en el contexto de las demandas interestatales<sup>7</sup>.

## 2. UN PLAZO PARA LA RECLAMACIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: ¿RELEVANTE O INNECESARIO?

La primera de las cuestiones a las que se tuvo que enfrentar el Tribunal fue la de admitir la reclamación presentada por Chipre a pesar del largo período de tiempo transcurrido entre la sentencia principal (10/5/2001) y la presentación de la reclamación de la satisfacción equitativa (11/03/2010). El tema relativo al plazo dentro del cual se puede presentar una solicitud de satisfacción equitativa es de naturaleza procesal, pero no es baladí, ya que es una cuestión previa que determina la admisibilidad o no de la reclamación. Como veremos a continuación, la resolución de este punto por la instancia europea abre las puertas a la determinación de una serie de criterios que serán de aplicación para la presentación de reclamaciones similares en el futuro.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal nos recuerda, como hará con posterioridad en torno a otros aspectos, que la Convención Europea de Derechos Humanos habrá de ser interpretada de conformidad con las normas y principios del Derecho Internacional, en particular de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>8</sup>. También se basa, amén de en su propia jurisprudencia, en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, o más exactamente, en el Derecho Internacional General, tal y como está expresado por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)<sup>9</sup>. Esta última

<sup>7</sup> RISINI, I., «Can't get no just satisfaction? The *Cyprus v. Turkey* judgment of the European Court of Human Rights», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, en <http://cjlcl.org.uk/2014/05/23/cant-get-just-satisfaction-cyprus-v-turkey-judgment-european-court-human-rights/>, consultado por última vez el 15 de septiembre de 2014, pp.1-8, en especial p.2.

<sup>8</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.23, 12 May 2014.

<sup>9</sup> PITEA, C., «The ECHR, Judicial Dialogue and General International Law in *Cyprus v. Turkey* (Just Satisfaction)», en <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=923>, consultado por última vez el 21 de octubre de 2014, pp.1-2.

instancia judicial ya establece que, para decidir si una solicitud ha de ser admitida a pesar del paso del tiempo, hay que tomar en consideración la naturaleza de las relaciones entre los Estados afectados, así como los pasos adoptados por el Estado que hubiera de presentar la reclamación<sup>10</sup>.

En este supuesto concreto, el Tribunal Europeo examina la circunstancia de que, en la Sentencia principal, él mismo no establecía un plazo para presentar la reclamación de la satisfacción equitativa, mostrándose deliberadamente ambiguo al respecto. Las partes en el conflicto, en consecuencia, podían razonablemente esperar que la cuestión de la satisfacción equitativa estuviera pendiente de desarrollos posteriores<sup>11</sup>. Asimismo, se estimó que Turquía no había demostrado que Chipre había esperado el momento adecuado para presentar la reclamación, con el único fin de perjudicarlo. En consecuencia, el TEDH concluye la admisibilidad de la demanda, habida cuenta de las circunstancias del caso, la actitud de los Estados afectados y las acciones iniciadas por Chipre desde el origen.

En este contexto, la Opinión concurrente de dos de sus jueces profundiza en la cuestión, al determinar que, como principio general, el derecho del Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado debe ceder solo en dos casos, el de renuncia o el de acquiescencia<sup>12</sup>. Igualmente, señalan la responsabilidad del Comité de Ministros del Consejo de Europa que había fallado en su labor de supervisar los avances positivos en relación con las demandas de Chipre contra Turquía<sup>13</sup>. De este modo, hubiera sido injusto adoptar una decisión de inadmisibilidad en este caso concreto, cuando también se ponen de manifiesto ciertos fallos en el propio sistema de protección del Consejo de Europa.

---

<sup>10</sup> El TEDH hace alusión a una sentencia paradigmática del Tribunal Internacional de Justicia *Nauru v. Australia* (ICJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*), Preliminary Objections, 1992, párr.32).

<sup>11</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.26, 12 May 2014.

<sup>12</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párr.6.

<sup>13</sup> COMMITTEE OF MINISTERS, *ResDH2005(43) concerning general measures to ensure compliance with the judgments of the European Court of Human Rights in the cases against Turkey concerning actions of members of the security forces*, adopted on 7 June 2005; *ResDH(2007)25 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 10 May 2001 in the case of Cyprus against Turkey*, adopted 4 April 2007.

### 3. LA NATURALEZA DE LAS DEMANDAS INTERESTATALES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Y LA APLICACIÓN DEL ART. 41 DEL CEDH A LAS MISMAS

#### A) *Los rasgos distintivos de las demandas interestatales: su relación con la protección diplomática*

Vamos a examinar a continuación los rasgos distintivos de esta sentencia, tomando como punto de partida la demanda interestatal conforme al art.33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup>. En virtud de este artículo, un Estado puede denunciar las violaciones cometidas contra personas que no son nacionales de un Estado contratante o incluso contra personas que son nacionales del Estado acusado. Se trataría, por tanto, de una suerte de *actio popularis*<sup>15</sup>.

En consecuencia, las demandas interestatales pueden ser presentadas sin que un Estado se considere «perjudicado»; se legitima, así, a todos los Estados Parte en el tratado a reclamar por el incumplimiento de sus disposiciones. Este concepto sobre la naturaleza de las demandas interestatales<sup>16</sup> es de gran relevancia, y estaría en el origen del razonamiento sostenido posteriormente por el Tribunal en relación con su caracterización y la aplicación a las mismas del art.41 CEDH.

La amplia competencia *ratione personae* del Tribunal Europeo de Derechos

---

<sup>14</sup> Según dicha disposición, «toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante» (Art.33 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979).

<sup>15</sup> SCHWELB, E., «The *Actio Popularis* and International Law», *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 2, 1972, pp. 46-56. Ver también: GOMIEN, D., *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, pp.172-173; GRAEFRATH, B., «Reporting and Complaint Systems in Universal Human Rights Treaties», en ROSAS, A. y HELGESEN, J. (eds.), *Human rights in a changing East/West perspective*, Pinter Publishers, London/New York, 1990, pp. 290-333, en particular p. 313; VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A. y ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª edición, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2006, en especial p. 47.

<sup>16</sup> Respecto de la naturaleza de las demandas interestatales ante el TEDH, Véase: ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., «Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿un mecanismo útil en situaciones de crisis?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº22, 2011, pp.13-14.

Humanos<sup>17</sup> derivaría, pues, de la naturaleza de las obligaciones que están en juego ante el mismo. Hemos de tomar en consideración que, tal y como señala ALIJA FERNÁNDEZ<sup>18</sup>, muchos tratados de derechos humanos establecen órganos de expertos o tribunales que permiten a los Estados Parte presentar demandas ante los mismos contra otras Partes que vulneran las disposiciones convencionales. Este hecho constituiría una expresión de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones jurídicas relativas a la garantía de los derechos humanos. A su juicio, por tanto, dichas quejas o demandas interestatales constituirían un mecanismo híbrido destinado a controlar la aplicación del tratado, al tiempo que intenta solucionar y/o prevenir las controversias entre Estados Parte.

De acuerdo con este planteamiento, si examinamos las demandas interestatales presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constatamos cómo, en septiembre de 2014, sólo diecisiete demandas interestatales habían sido planteadas<sup>19</sup>, de modo que el Tribunal Europeo había emitido cinco sentencias al respecto, dos de ellas relativas a Chipre contra Turquía<sup>20</sup>. La escasez de dichas demandas, que se han limitado a conflictos políticos e —incluso— violentos, no hacen sino que poner de relieve que el éxito de la labor del TEDH en cuanto a las demandas interestatales depende, en gran medida, de la voluntad de los Estados<sup>21</sup>, y que las cuestiones políticas, amén de las jurídicas, juegan un papel decisivo al respecto.

En el caso que nos ocupa, de Chipre contra Turquía, y antes de examinar la aplicabilidad al supuesto del art. 41 CEDH, es preciso determinar, además de su naturaleza, el contenido y marco de aplicación de las demandas de este tipo. De esta manera, comprobamos que el ámbito potencial de la demanda

---

<sup>17</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La protección internacional de los derechos humanos (II)», en DÍEZ DE VELASCO, M. (edición coordinada por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp.690 y ss.

<sup>18</sup> ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., «Las quejas interestatales ante órganos judiciales o... *loc.cit.*, pp.1-38, en especial p.1.

<sup>19</sup> Véase: [http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates\\_applications\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf), consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014.

<sup>20</sup> Sobre la experiencia relativa a las demandas interestatales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase: PREBENSEN, S. C., «Inter-state Complaints Under Treaty Provisions – The Experience Under The European Convention on Human Rights», en ALFREDSSON, G. et al. (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 533-559.

<sup>21</sup> RISINI, I., «Can't get no just satisfaction? The *Cyprus v. Turkey* judgment of... *loc.cit.*, p.2.

interestatal es, en principio, integral, puesto que los Estados tienen el poder de dirigirse contra violaciones sistemáticas en otros Estados miembros.

En relación con los particulares objeto de las vulneraciones de derechos humanos, podríamos incluso asimilar las demandas interestatales a una suerte de protección diplomática<sup>22</sup>, de modo que los recursos internos tendrían que ser agotados. En el fondo, también la protección diplomática consiste en la acción de un sujeto de Derecho internacional respecto a otro sujeto para reclamar el respeto al Derecho Internacional en relación con ciertos individuos que tienen ligámenes determinados con él.

Sin embargo, se plantean algunas diferencias que son tomadas en consideración por el Tribunal Europeo, puesto que el rango de los beneficiarios potenciales es más amplio, ya que los Estados pueden hacer uso de la demanda interestatal a favor de individuos, con independencia de su nacionalidad. Incluso, se podría dar el caso de que los individuos fueran protegidos frente al Estado de su propia nacionalidad<sup>23</sup>. Otra de las diferencias con la protección diplomática es la relativa a la compensación económica otorgada conforme al art.41 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que no sería concedida a Chipre como Estado reclamante, sino que habrá de ser distribuida entre las víctimas individuales, siendo éste su destino final.

En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no realiza una extrapolación de los rasgos de la protección diplomática a la Convención Europea<sup>24</sup>, puesto que esto significaría reducir su alcance y limitar las posibilidades de reconocer a los individuos como víctimas, y por ende, beneficiarios de la compensación.

---

<sup>22</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática*, 2006, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/61/10), Art.1. Véase también: *Official Records of the General Assembly*, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10), en particular párrs. 122, 145; AMERASINGHE, C.F., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, USA, 2008, pp.378.

<sup>23</sup> COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Requête n° 788/60, *Introduite par le Gouvernement de la République Fédérale d'Autriche contre le Gouvernement de la République Italienne*, Rapport de la Commission, Adopté le 30 mars 1963.

<sup>24</sup> Hay que destacar, no obstante, que ésta es una cuestión controvertida, como lo demuestran la Opinión parcialmente disidente del Juez Casadevall, y la Opinión disidente del Juez Karakas (Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, n° 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Casadevall, and Dissenting Opinion of Judge Karakas).

### B) *La aplicación del art.41 CEDH a las demandas interestatales*

Alejándose de la comparación de las demandas interestatales con la protección diplomática, el Tribunal se basa en el Derecho Internacional Público general para realizar la interpretación del art.41 del CEDH en el marco de este tipo de demandas. De hecho, se añade que hay que tomar en consideración la naturaleza específica del art.41 como *lex specialis*, en relación con las normas y principios del Derecho Internacional General, de modo que no se puedan excluir las demandas interestatales del alcance de la mencionada disposición dedicada a la «satisfacción equitativa»<sup>25</sup>.

Para profundizar en la aplicación del art.41 a las demandas interestatales y en relación con los individuos que han experimentado la vulneración de sus derechos, se mencionan una serie de argumentos. Entre otros, el Tribunal Europeo sugiere que el mencionado artículo habla en singular de la «parte perjudicada» («injured party», «partie lésée»). Se aparta, así, del razonamiento turco según el cual el artículo 41 CEDH no se aplicaría a las demandas interestatales, basándose en la Regla 60<sup>26</sup>, que habla de que el demandante habrá de realizar una reclamación específica a los efectos de obtener una satisfacción equitativa por la vulneración de sus derechos reconocidos en el Convenio.

Para el Tribunal, esta última norma ocupa un lugar bajo en la jerarquía normativa<sup>27</sup>, por lo que su alegación no resultaría apropiada para justificar completamente la posición turca. Yendo más allá, para los jueces que sostienen una Opinión Concurrente, «the teleological interpretation of the Convention reinforces the conclusion already imposed by the textual, historical and systemic construction of both the Convention and the Rules of Court»<sup>28</sup>.

Dicha conclusión viene también avalada por la práctica del TEDH, los principios de Derecho Internacional Público derivados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y posteriores desarrollos del Proyec-

<sup>25</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.42, 12 May 2014.

<sup>26</sup> European Court of Human Rights, *Rules of Court*, «Rule 60.-Claims for just satisfaction. 1. An applicant who wishes to obtain an award of just satisfaction under Article 41 of the Convention in the event of the Court finding a violation of his or her Convention rights must make a specific claim to that effect.»

<sup>27</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.42, 12 May 2014.

<sup>28</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párr.5.

to de Artículos sobre la protección diplomática y el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En definitiva, el TEDH llega a establecer la aplicación clara del art.41 CEDH a las demandas interestatales, basándose de una interpretación sistémica e integral del Derecho Internacional Público, una tendencia en alza digna de alabanza<sup>29</sup>.

Con todo, la cuestión de si se garantiza o no la satisfacción equitativa al Estado demandante ha de ser decidida por el Tribunal Europeo caso por caso, tomando en consideración, entre otros factores, el tipo de demanda interpuesta por el Estado demandante y el principal propósito de la demanda, así como el hecho de que las víctimas de las vulneraciones puedan ser identificadas<sup>30</sup>.

Conforme a los criterios mencionados, las demandas interpuestas en relación con cuestiones generales, tales como fallos sistémicos o prácticas administrativas<sup>31</sup> quedarían excluidas del alcance del art.41 CEDH. La razón es lógica, puesto que en estos supuestos, el objetivo de la demanda para el Estado demandante sería reivindicar el orden público europeo, en el marco de una responsabilidad colectiva conforme a la Convención. En consecuencia, el recurso a la satisfacción equitativa resultaría inadecuado.

Por el contrario, en aquellos casos de demandas interestatales relativas a violaciones sistemáticas de derechos humanos por un Estado Parte en la Convención respecto de sus nacionales o víctimas de otra nacionalidad, nos hallaríamos ante un supuesto que encajaría en la satisfacción equitativa del art.41 CEDH<sup>32</sup>, por su gran similitud con las demandas individuales, así como con la protección diplomática<sup>33</sup>. El otro motivo para demostrar la adecuación

---

<sup>29</sup> Véase, entre otros: MERRILLS, J.G., *The development of International Law by the European Court of Human Rights*, Second Edition, Manchester University Press, NY, 1993, pp.265; FOROWICZ, M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, NY, 2010, pp.421.

<sup>30</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.43, 12 May 2014.

<sup>31</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.44, 12 May 2014.

<sup>32</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.45, 12 May 2014.

<sup>33</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática*, 2006, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/61/10), Art.1. Recordemos que, conforme a esta disposición, que refleja el Derecho consuetudinario en la materia: «A los efectos del presente Proyecto de Artículos, la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.»

respecto de la mencionada disposición de la Convención sería la posibilidad de identificar a las víctimas. En este caso, nos hallamos ante dos grupos específicos de víctimas perfectamente identificados: los familiares de las 1.456 personas desaparecidas durante la intervención turca y los habitantes del enclave chipriota de la Península de Karpas<sup>34</sup>.

En conclusión, la concesión de la satisfacción equitativa ha sido totalmente apropiada, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso y el hecho de que la reclamación se refiere a un grupo de personas identificado. Como ya hemos mencionado, se trata de la primera vez en que la satisfacción equitativa es utilizada en el contexto de violaciones sistemáticas de derechos humanos en un procedimiento interestatal, y coincidimos en que su no utilización en dicho ámbito supondría una privación para el Tribunal de un instrumento crucial para el cumplimiento de su misión<sup>35</sup>. Ahora la cuestión estriba en determinar si el razonamiento del Tribunal y las conclusiones logradas en esta decisión judicial son extrapolables a otras intervenciones similares.

### III. LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS POR VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Algunos aspectos controvertidos de la sentencia ya han sido planteados: la caracterización de la reclamación, en referencia a la comparación de las demandas interestatales con la protección diplomática, y la determinación de la suma en concepto de satisfacción equitativa y su destino. Pero, como menciona PITEA<sup>36</sup>, uno de los aspectos que están en el corazón de la sentencia del TEDH es el referente al Derecho consuetudinario de la responsabilidad internacional del Estado, incluyendo la reparación a los particulares por violación de obligaciones *erga omnes* en el marco de los derechos humanos.

Se impone, pues, una reflexión sobre la noción y el funcionamiento de las

---

<sup>34</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.47, 12 May 2014.

<sup>35</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párr.5.

<sup>36</sup> PITEA, C., «The ECHR, Judicial Dialogue and General International Law in... *loc. cit.* p.3.

obligaciones *erga omnes*, al hilo de lo establecido por el Tribunal en esta decisión. En primer lugar, destacamos que el Tribunal Europeo parte de una concepción de su sistema de protección en las demandas interestatales que se aparta de la protección diplomática en algunos aspectos básicos, tal y como hemos examinado. Profundizando en el tema, vemos cómo el Relator Especial sobre la Protección Diplomática ha puesto de manifiesto que este mecanismo está designado para asegurar la reparación del daño al nacional del Estado en cuestión, basándose en el principio de que un daño a un nacional del Estado es un daño al Estado mismo<sup>37</sup>.

En cambio, coincidimos con PICTEA, cuando afirma que el Tribunal Europeo parece contemplar la reclamación iniciada por Chipre como reivindicativa no de una vulneración de sus propios derechos<sup>38</sup>, como sí ocurriría en el caso de ejercer la protección diplomática<sup>39</sup>. Esto se puede deducir tanto de la caracterización de su reclamación, tal y como hemos abordado con anterioridad, como de la ausencia de una reparación al daño experimentado por Chipre, como consecuencia de la intervención militar, tal y como veremos en el siguiente epígrafe. Este hecho puede tener consecuencias importantes de tipo práctico en la representación de la estructura jurídica de las obligaciones *erga omnes*, siempre en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos.

En esta línea, recordemos de nuevo que las demandas interestatales tienen como objetivo preservar intereses colectivos, y se dirigen a que cumpla otra Parte contratante sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o a que se pongan de manifiesto las violaciones de estos derechos recogidos en la CEDH y experimentadas por una serie de individuos identificados.

En consecuencia, en ningún caso, el Estado demandante puede reclamar una compensación para sí, puesto que la invocación de la responsabilidad de un Estado por otro Estado parte en la Convención se fundamenta, más que en la vulneración de un derecho del Estado demandante, en el reconocimien-

---

<sup>37</sup> Official Records of the General Assembly, Fifty... doc. cit., párrs. 122, 145.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> De hecho, la protección diplomática ha sido considerada como un derecho que se otorga al Estado porque el perjuicio causado a un nacional suyo se interpreta como un perjuicio causado al propio Estado (VATTEL, E., *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law*, Classics of International Law, Libro II, Capítulo VI, p.136; *Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, fallo, Informes de la C.P.J.I, 1924, Serie A, nº2, p.12).

to de que el Estado demandado debe asegurar el cumplimiento de un interés jurídicamente protegido. Así lo asegura Chipre, en su argumentación cuando afirma que el Gobierno chipriota no reclama los daños pecuniarios causados directamente a él como Estado, sino que reclama una satisfacción equitativa para los individuos lesionados, sus nacionales, en relación con violaciones de sus derechos<sup>40</sup>.

Por lo tanto, el Estado de la nacionalidad de la víctima cuyos derechos han sido vulnerados no puede ser considerado como Estado «lesionado» en tanto que Estado cuyos derechos hayan sido especialmente afectados, en el sentido del art.42 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>41</sup>. Este argumento se podría extender al concepto de obligaciones *erga omnes*, marcando, así, una tendencia en el desarrollo del Derecho Internacional General en el ámbito de la responsabilidad del Estado<sup>42</sup>. De hecho, las normas de derechos humanos no establecen obligaciones para cada uno de los Estados partes en el convenio correspondiente de modo individual, sino que se basan en la protección de un interés común<sup>43</sup>.

Esta aproximación estaría en consonancia con el enfoque adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001<sup>44</sup>, así

<sup>40</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.35, 12 May 2014.

<sup>41</sup> Conforme al art.42 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: «Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado. Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: a) Con relación a ese Estado individualmente; o b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación: i) Afecta especialmente a ese Estado; o ii) Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta»(CDI, *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2).

<sup>42</sup> PITEA, C., «The ECHR, Judicial Dialogue and General International Law in... *loc. cit.*, p.3.

<sup>43</sup> Véase: PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 12, 2011, pp. 267-286, en particular pp.278-281.

<sup>44</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2), Arts. 42 y 48.

como por el Tribunal Internacional de Justicia<sup>45</sup>. El TIJ, en el asunto de Bélgica contra Senegal de 2012, ya señaló que el conjunto de Estados partes (en este caso en la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*) tienen un «interés jurídico» respecto de la protección de los derechos reconocidos en la misma<sup>46</sup>, calificando las obligaciones derivadas de «obligations erga omnes partes»<sup>47</sup>. Y en su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la *Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio*, señaló que los Estados contratantes no tienen intereses propios, sino sólo un interés común: preservar los fines superiores de la Convención<sup>48</sup>.

#### IV. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA DESTINADA A LOS INDIVIDUOS Y SU DISTRIBUCIÓN Y SUPERVISIÓN, CUESTIONES CRUCIALES

##### 1. EL ESTADO DEMANDA Y LOS BENEFICIARIOS SON LOS INDIVIDUOS: ¿PARADOJA O CONSECUENCIA LÓGICA?

De lo expuesto en el epígrafe anterior deducimos que, si bien la satisfacción equitativa ha de ser concedida a los individuos, dicha satisfacción deriva de los principios de Derecho Internacional Público relativos a la responsabilidad del Estado<sup>49</sup>. A este respecto, el Tribunal Europeo se inspira en los traba-

<sup>45</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 2012, párr. 68.

<sup>46</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, párr.33.

<sup>47</sup> Sobre este concepto, véase: CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº4, 2002, p.7. Véase también: Commentary art.48. Invocation of responsibility by a State other than an injured State, *Report of the International Law Commission*, Fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001) 21 September 2001, UN Doc. A/56/10, p.320.

<sup>48</sup> *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p.23.

<sup>49</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.40 y 41, 12 May 2014. En el párrafo 41 de la Sentencia, el Tribunal Europeo menciona jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y su antecesor (PCIJ, *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, 1927, p. 21; ICJ, *Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, 1997, para. 152, y *Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, 1974, paras 71-76).

jos preparatorios de la propia Convención Europea de Derechos Humanos para mantener que, en la elaboración y redacción del art.41 (anterior art.50), no se quiso innovar, sino basarse en el Derecho ya existente<sup>50</sup>. Conviene recordar, en este sentido, que el mencionado art.50 CEDH formaba parte de la Convención ya en el año 1950, en el momento en que las demandas interestatales eran el mecanismo de control residual de este instrumento.

El Tribunal se niega a realizar una lectura del Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática en aras a justificar la concesión de la satisfacción equitativa a los individuos, sino que prefiere optar por el propio Convenio Europeo<sup>51</sup>. El individuo sería, pues, el destinatario del art. 41 CEDH, lo que no deriva del art.19 de dicho Proyecto<sup>52</sup> ni de su aplicación judicial. Recordemos, así, el caso de *Guinea contra República Democrática del Congo* ante el Tribunal Internacional de Justicia, en el que esta instancia judicial mantiene que: «[...] l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci.»<sup>53</sup>.

El TEDH considera que la satisfacción equitativa está destinada a las víctimas individuales, puesto que la naturaleza de la Convención es destinarse a la protección de los individuos y no del Estado, en particular de aquellos que sufren una vulneración directa o indirecta del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta posición del Tribunal Europeo refleja una tendencia actual de su labor, de modo que utiliza de nuevo el Derecho Internacional General para proporcionar fundamento a su argumentación en el caso, tomando como base, no obstante, la especificidad de la propia Convención Europea de Derechos Humanos<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Véase: *Report presented by the Committee of Experts to the Committee of Ministers of the Council of Europe* on 16 March 1950 (Doc. CM/WP 1 (50)15)).

<sup>51</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.46, 12 May 2014.

<sup>52</sup> El mencionado art.19 reza así: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con lo dispuesto en el presente Proyecto de Artículos debería: [...] c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a reserva de cualesquiera deducciones razonables.» (COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática*, 2006, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/61/10)).

<sup>53</sup> COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances. *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, Indemnisation due par la République Démocratique du Congo a la République de Guinée, Arrêt du 19 Juin 2012, párr.57.

<sup>54</sup> PITEA, C., «The ECHR, Judicial Dialogue and General International Law in... *loc. cit.*, pp.1-2.

Las consideraciones realizadas se aplicarían también al supuesto de las demandas interestatales, lo que resulta de gran interés, puesto que, como ya hemos manifestado, el alcance de dichas demandas es susceptible de ser mucho más amplio que el de la protección diplomática. De esta manera, si el Tribunal hubiera optado por inspirarse en el Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática, para destinar la satisfacción equitativa a las víctimas, se hubieran limitado las posibilidades, conforme a la Convención, para conceder dicha compensación<sup>55</sup>. En cambio, al basarse en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, la extensión con que se pueda aplicar la satisfacción equitativa es de gran amplitud, sentándose, así, un precedente jurisprudencial de gran relevancia.

En definitiva, vemos cómo la alusión al Derecho Internacional General resurge otra vez en referencia a los beneficiarios de la reparación. Sin embargo, tomando como bandera la propia Convención Europea de Derechos Humanos y su carácter en tanto que *lex specialis*, se concluye que el destinatario lógico de la reparación de sus vulneraciones es el individuo, sin importar el tipo de demanda (individual o estatal). El carácter de las obligaciones derivadas de la Convención (*erga omnes*) y la propia naturaleza de este instrumento (la protección de los derechos del individuo) amparan esta conclusión.

## 2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA Y LA SUPERVISIÓN DE SU APLICACIÓN EFECTIVA

Tomando como punto de partida que la reparación ha de estar destinada a las víctimas, vemos que los 90 millones de euros concedidos como satisfacción equitativa es la suma más alta en la historia de la Convención Europea de Derechos Humanos. De estos 90 millones, se establece que 30 corresponden a los daños morales experimentados por los familiares de las personas desaparecidas, y 60 a los daños morales sufridos por los residentes en la Península de Karpas<sup>56</sup>. Conviene examinar, por tanto, las razones de su ponderación, así como las perspectivas futuras de que las víctimas reciban la cantidad cosechada y su supervisión.

En primera instancia, hemos de tomar en consideración las condiciones en que el art.41 CEDH se ha de aplicar. Por un lado, esta disposición habla de

<sup>55</sup> RISINI, I., «Can't get no just satisfaction? The *Cyprus v. Turkey* judgment of ... *loc. cit.*, pp.2-3.

<sup>56</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.58, 12 May 2014.

satisfacción equitativa «si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación». De facto, tal y como asegura CASTRO-RIAL, la competencia del TEDH en materia de reparaciones no es originaria, sino subsidiaria o complementaria de la estatal<sup>57</sup>. Igualmente, hay que tener en cuenta que la reparación habría de resarcir tanto los daños pecuniarios como los no pecuniarios experimentados por las víctimas<sup>58</sup>, aunque en la demanda interestatal que nos ocupa sólo se plantea la reparación de los daños morales.

Si profundizamos en la satisfacción equitativa concedida por el Tribunal Europeo, vemos cómo no se aleja mucho de las cantidades concedidas con anterioridad en concepto de daños morales, y conforme al art.41 CEDH. Los familiares de las 1.456 personas desaparecidas tendrían que compartir 30 millones de euros, por lo que le correspondería a cada familiar unos 20.000 euros. Si comparamos esta cifra con la otorgada en otras sentencias en las que se sustanciaban vulneraciones de carácter similar, como en asunto *Varnava*<sup>59</sup>, hallamos una línea coherente, puesto que en este último asunto se concedió 12.000 euros en concepto de daños morales. Además, la suma de 20.000 euros no resulta, en absoluto, desproporcionada, a la luz de la presencia militar turca en Chipre que había sido continuada y numerosa.

No obstante, el Tribunal caracteriza la obligación de distribuir la suma acordada como una obligación de resultado, dejando un alto grado de discrecionalidad al Estado. Esta discrecionalidad no es ilimitada, puesto que la instancia judicial también señala que está en manos del Gobierno chipriota, con la supervisión del Comité de Ministros, el establecer un mecanismo efectivo para distribuir dicha cantidad entre las víctimas individuales. El otro límite se halla en que dicha distribución habrá de llevarse a cabo en los 18 meses desde la fecha del pago por Turquía, o en otro plazo considerado más

---

<sup>57</sup> CASTRO-RIAL GARRONE, F., «El derecho de reparación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p.134.

<sup>58</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 18 September 2009, *Case of Varnava and others v. Turkey*, nº16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Judgment, párr.224.

<sup>59</sup> «9.Holds by sixteen votes to one (a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts: (i) EUR 12,000 (twelve thousand euros) per application, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;» (ECHR, Grand Chamber Judgment, 18 September 2009, *Case of Varnava and others v. Turkey*, nº16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Judgment, párr.9).

apropiado por el Comité de Ministros<sup>60</sup>. Recordemos, así, que la supervisión de la aplicación de esta sentencia, conforme a la distribución competencial, le corresponde al Comité de Ministros<sup>61</sup>.

Por otro lado, el Tribunal considera innecesario satisfacer la petición del gobierno chipriota de emitir una sentencia declarativa<sup>62</sup>, en la que manifestara que Turquía debía abstenerse o impedir la venta y explotación ilegal de las propiedades chipriotas en la parte Norte del país. Al tiempo, según petición chipriota, dicha sentencia debía especificar que dicha obligación no había sido anulada por la Decisión en el caso *Demopoulos*<sup>63</sup>. Recordemos que esta última decisión hacía frente a la inadmisibilidad de varios recursos referentes al derecho a la propiedad por no haber agotado los recursos internos.

En respuesta a dicha solicitud, el Tribunal nos recuerda que ya ha decla-

<sup>60</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párr.59, 12 May 2014. Sobre la práctica en el pago de la satisfacción equitativa, ver los criterios establecidos en: COMMITTEE OF MINISTERS, *Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction: an overview of the Committee of Minister's present practice*, Memorandum prepared by the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, CM/Inf/DH (2008) 7 final 15 January 2009.

<sup>61</sup> Conforme al art.46 del CEDH: «Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.» (*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)).

<sup>62</sup> *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, párrs.60-63, 12 May 2014.

<sup>63</sup> El 1 de marzo de 2010 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre la admisibilidad de la demanda *Demopoulos c. Turquía* y otros siete casos, en los que los denunciantes afirmaban haber sido privados de sus derechos de propiedad tras la intervención de Turquía en el norte de Chipre en 1974. La Gran Sala concluyó que la Ley Nº 67/2005 de diciembre de 2005, por la cual todas las personas físicas y jurídicas que reclamaban su derecho sobre bienes inmuebles o muebles podían presentar una demanda a la Comisión de Bienes Inmuebles, «establece un marco de recurso accesible y efectivo para las reclamaciones por interferencia con los derechos de propiedad de personas greochipriotas». Dado que los denunciantes no habían usado ese mecanismo, sus denuncias ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a tenor del artículo 1 del Protocolo Nº 1 (protección de la propiedad) fueron rechazadas por no haberse agotado los recursos internos (ECHR, Grand Chamber, Decision as to the Admissibility of Application nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04 by *Takis Demopoulos and Others, Evoulla hrysostomi, Demetrios Lordos and Ariana Lordou Anastasiadou, Eleni Kanari-Eliadou and Others, Sofia (Pitsa) Thoma Kilara Sotiriou and Nina Thoma Kilara Moushousta, Yiannis Stylos, Evdokia Charalambou noufriou and Others and Irimi (Rena) Chrisostomou against Turkey*, 1 Mars 2010).

rado la existencia de violaciones continuadas del derecho a la propiedad de los griego-chipriotas por parte del Estado turco, y que el asunto *Demopoulos* tan sólo supone la inadmisibilidad por incumplimiento de uno de los requisitos, sin más<sup>64</sup>. En todo caso, el Estado demandado está vinculado por el art.46 de la CEDH, de modo que habrá de cumplir los términos principales de la Sentencia, sin necesidad de declaración adicional alguna, bajo la supervisión del Comité de Ministros. En conclusión, tal y como señalan algunos jueces, en su Opinión Concurrente: «The Court has spoken: it remains for it to be Heard»<sup>65</sup>.

Este planteamiento general viene matizado por los jueces PINTO DE ALBURQUERQUE y VUČINIĆ, en su Opinión concurrente, cuando afirman que la satisfacción proporcionada en este supuesto concreto posee la naturaleza de «punitive damages» («daños punitivos o con carácter punible»), de manera que, a su juicio, estaríamos ante una satisfacción otorgada con carácter sancionador<sup>66</sup>. Se amparan en que cuando el Tribunal Europeo concede una compensación que es más alta que el daño alegado o incluso independiente del daño alegado, la naturaleza de dicha satisfacción sería punitiva o sancionadora<sup>67</sup>. En su opinión, el propósito de esta compensación no sería la reparación de daños, sino castigar al Estado cuya conducta ha sido incorrecta y prevenir la repetición del mismo tipo de conducta.

Sin embargo, hemos de considerar que el término «punitive damages» es una expresión que prefieren utilizar los Estados Unidos, Canadá y Europa Continental, mientras que el término «exemplary damages» es usado por los países de la Commonwealth. Ambos se refieren al mismo concepto, puesto que, en definitiva pretenden lograr el resarcimiento de la víctima y la preven-

---

<sup>64</sup> En su Opinión Concurrente, algunos jueces señalan que, además, el caso *Demopoulos* se refiere sólo a una reclamación de reparación conforme al art.1 Protocolo N°1 al CEDH en casos individuales, mientras que en el supuesto que nos ocupa, se trata de una demanda interestatal (ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, n° 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párr.11).

<sup>65</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, n° 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Joint Concurring Opinion of Judges Zupančič, Gyulumyan, David Thór Björgvinsson, Nicolaou, Sajó, Lazarova Trajkovska, Power Forde, Vučinić and Pinto de Albuquerque.

<sup>66</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, n° 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párrs. 12-19.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr.13.

ción de la repetición del hecho ilícito o la emulación de éste por parte de terceros. Sin embargo, algunos miembros del Tribunal, como los jueces ya mencionados de la Opinión Concurrente, señalan que dicho concepto no puede limitarse a una mera compensación por las pérdidas pecuniarias y no pecuniarias causadas al demandante, incluyendo el lucro cesante, sino que habría de revestir un carácter sancionador<sup>68</sup>.

Esta caracterización como indemnización con carácter sancionador puede tener consecuencias jurídicas importantes, pero también podría tener consecuencias políticas no beneficiosas para Chipre y sus víctimas. En cuanto a las consecuencias jurídicas, podría representar una tendencia existente en el ámbito jurídico internacional, conforme a la cual se reconocería una indemnización con carácter punitivo o ejemplar en los supuestos de: violaciones graves de los derechos humanos de la CEDH o sus Protocolos; incumplimientos prolongados y deliberados de las sentencias del Tribunal Europeo; y recorte de los derechos humanos de los demandantes con el fin de impedir su acceso al TEDH<sup>69</sup>.

Sin embargo, en el ámbito político, las consecuencias derivadas de la Opinión Concurrente de los jueces PINTO DE ALBUQUERQUE y VUČINIĆ<sup>70</sup> podrían ser peligrosas. A Turquía, Estado bastante reticente ante las demandas presentadas contra él ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha calificación de «punitiva» podría conducirle a oponer aún más resistencia al pago de la suma establecida por la instancia judicial. Podemos adelantar que las dificultades de su aplicación práctica no van a hacerse esperar, aunque coincidimos con RISINI, cuando afirma que las víctimas se beneficiarían de modo evidente del acervo convencional existente respecto de la aplicación judicial de las satisfacciones en concepto de daños morales en los asuntos individuales ante el Tribunal<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> *Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vučinić, nota a pie nº1, 12 May 2014.

<sup>69</sup> *Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vucinic, 12 May 2014, párr.18. Estos jueces se refieren a algunas decisiones del TEDH que reflejan esta tendencia, tales como: ECHR, Judgment, 19 December 2006, *Case of Oferta Plus s.r.l. v. Moldova*, Application no. 14385/04, párr..76; ECHR, Judgment (Just satisfaction and striking out), 28 June 2013, *Case of Fabris v. France*, Application nº 16574/08, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

<sup>70</sup> ECHR, Grand Chamber Judgment, 12 May 2014, *Case of Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment (Just satisfaction), Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque Joined by Judge Vučinić, párr. 1, 13 and 19.

<sup>71</sup> RISINI, I., «Can't get no just satisfaction? The *Cyprus v. Turkey* judgment of the... *loc. cit.*, pp.3-4.

No olvidemos, igualmente, que dicha sentencia llega tras cuarenta años de conflicto, de modo que la objetividad y apego a la legalidad se ha de plantear aún con más firmeza. En este sentido, dicha decisión puede tener repercusiones importantes respecto de otras situaciones actuales objeto de demandas interestatales ante el Tribunal Europeo, como el conflicto entre Rusia y Ucrania en relación con la República de Crimea. La imparcialidad de la Corte se revela, así, como un aspecto esencial en este caso, teniendo en cuenta que Ucrania ha solicitado una serie de medidas provisionales en el marco de la demanda interestatal contra Rusia, con el fin de que este último país se abstenga de adoptar medidas que perjudiquen el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes de la población civil en el territorio de Ucrania<sup>72</sup>.

## V. HACIA UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y LA *LEX SPECIALIS* EN REFERENCIA A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS VÍCTIMAS DE SUS VIOLACIONES

Del análisis realizado hasta el momento, podemos concluir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2014, incurre en alguna incoherencia, aunque logra un resultado beneficioso para las víctimas. Por un lado, el Tribunal descansa, en parte, en el Derecho internacional General (normas relativas a la responsabilidad internacional del Estado y a la protección diplomática), para interpretar el art.41 CEDH y la satisfacción equitativa en su aplicación a las demandas interestatales. Por otro lado, se inspira en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos para justificar la extensión de dicha satisfacción equitativa al supuesto de las demandas entre Estados y para argumentar que son los individuos los destinatarios de la satisfacción equitativa y no los Estados.

De este modo, el Tribunal no hace sino contradecir su propio razonamiento según el cual el art.41 se limita a especificar la regla del Derecho Internacional General conforme a la cual la violación de una obligación internacional implica el deber de reparar. Con todo, podríamos considerar que el art.41 sería *lex specialis*, y que los principios sobre la reparación conforme al De-

---

<sup>72</sup> ECHR, *Interim measure granted in inter-State case brought by Ukraine against Russia*, Press Release, ECHR 073 (2014), 13.03.2014.

recho Internacional General y a la protección diplomática serían contemplados como medios de interpretación<sup>73</sup>.

De manera consecuente con esta interpretación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para lograr su objetivo de aplicar el art.41 CEDH a las demandas interestatales, y en el marco de la «integración sistémica»<sup>74</sup>, utiliza todos los medios de interpretación a su alcance: el recurso al concepto de «parte perjudicada», a los trabajos preparatorios de la Convención Europea, al Derecho Internacional General y a sus principios, y a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia.

Esta disquisición nos conduciría a dos conclusiones<sup>75</sup>. Por un lado, el Tribunal Europeo no se considera a sí mismo como el custodio de un «régimen autónomo», sino que estima que la Convención Europea forma parte del sistema jurídico internacional. Por otro, la instancia judicial aplica su propio tratado como *lex specialis* en relación con otras disposiciones del Derecho Internacional General. Así, el Tribunal sitúa a la Convención Europea en el marco del sistema jurídico internacional, utilizando normas de interpretación derivadas del Derecho de los Tratados, pero siempre preservando su carácter único como instrumento de derechos humanos destinado a la protección del individuo.

En todo caso, podemos afirmar que esta Sentencia ha jugado un rol decisivo en cuanto a la determinación del papel que juega el Derecho Internacional General en el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa. El Tribunal consolida, así, la idea de que el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede ser contemplado en su aplicación «únicamente» como un «régimen autónomo»<sup>76</sup>, al margen de que contemple normas especiales para la responsabilidad del Estado en caso de vulneración.

Recordemos que el tema de los «regímenes autónomos» ya había sido

---

<sup>73</sup> BIRKENKÖTTER, H., «Some Reflections on the ECtHR's First Award of Inter-State Satisfaction», en <http://www.verfassungsblog.de/en/reflections-ecthrs-first-award-inter-state-satisfaction/#.VBxAr1ey3xU>, consultado por última vez el 19 de septiembre de 2014, pp.1-2.

<sup>74</sup> Art.31 (3) c) de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

<sup>75</sup> BIRKENKÖTTER, H., «Some Reflections on the ECtHR's First Award...loc.cit., pp.1-2.

<sup>76</sup> Sobre la fragmentación susceptible de afectar a las instituciones judiciales competentes en materia de derechos humanos, Véase: PINTO, M., «Fragmentation or Unification Among International Institutions: Human Rights Tribunals», *New York University Journal of International Law and Politics, Symposium issue, The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle*, Vol.31, Nº4, Summer 1999, pp.833-842.

examinado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)<sup>77</sup>, que había enfatizado repetidamente la emergencia de nuevos y especiales tipos de normas, regímenes autosuficientes «self-contained» y sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente, de manera que cada régimen contenía sus propios principios y su propio «ethos»<sup>78</sup>. Sin embargo, autores como SIMMA<sup>79</sup> ya habían advertido que estos regímenes pueden tener una significación limitada en la promoción de un desarrollo más armonioso y en la implementación de obligaciones internacionales.

En relación con los «regímenes autónomos», aparecía también el tema de la *lex specialis*, ambos conectados y tratados de forma prolija por la CDI. De este modo, la *lex specialis* se abastecía de sus propios derechos y obligaciones, y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, por lo que los efectos podrían ser la exclusión de la aplicación del Derecho Internacional General en ciertos casos. Este riesgo ya había sido calificado por RIPHAGEN ante la Comisión de Derecho Internacional como una suerte de «feudalismo normativo»<sup>80</sup>.

Pero con la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de mayo de 2014 se confirma lo que la jurisprudencia y la doctrina internacionalista ya nos están advirtiendo desde hace un tiempo: este peligro de fragmentación o de «feudalismo normativo» es ficticio. Nos situamos, por tanto, en la percepción constitucionalista<sup>81</sup>, optando por el tradicional concepto de «sistema jurídico».

<sup>77</sup> *Proyecto de Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones. Capítulo X: Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional* (N.U. Doc. A/CN.4/L.642), de 25 de julio de 2003; *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, N.U. AG., 58º período de sesiones, Sup. Nº10, N. U. Doc. A/58/10 (2003), pp.269-275; *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, N.U. AG., 61º período de sesiones, Sup. Nº10, N. U. Doc. A/61/10 (2006), párr.243.

<sup>78</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional», en CARDONA LLORENS, J.; PUEYO LOSA, J.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.; SOBRINO HEREDIA, J.M. (Eds.); AZNAR GÓMEZ, M. (Coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.521-538.

<sup>79</sup> SIMMA, B., «Self-contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp.111-135.

<sup>80</sup> RIPHAGEN, W., «Responsabilité des États, contenu, formes et degré de la responsabilité internationale (deuxième partie) », *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1981, Vol.II, 1<sup>ère</sup> partie, pp.88-89.

<sup>81</sup> WET, E. de, «The Constitutional international order», *International Law and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp.51 y ss.; KEINLEIN, Th., «On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State», *European Journal of International Law*, Vol. 21, Nº4, 2010, pp.1075-1084.

De hecho, en esta sentencia, la instancia europea se basa en la aplicación del Derecho Internacional General en repetidas ocasiones, inspirándose, a su vez, en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Internacional de Justicia para determinar su contenido.

Este *modus operandi* de la instancia judicial europea sigue la estela de algunas de sus últimas decisiones, en particular en los asuntos *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, 2013<sup>82</sup>, y *Jones and others v. United Kingdom*, 2014<sup>83</sup>. En estos pronunciamientos del TEDH, al intentar determinar el contenido y alcance de la inmunidad, se ampara en la jurisprudencia de otro tribunal internacional con un ámbito competencial totalmente diferente, el Tribunal Internacional de Justicia. Al tiempo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a identificar el Derecho Internacional General con lo que el TIJ dice, el pronunciamiento de la instancia judicial europea no pierde la oportunidad de mostrarnos su propio papel creciente como agente judicial clave en el desarrollo de éste<sup>84</sup>.

Esta dinámica en la actuación del TEDH refleja una tendencia, que favorece la uniformidad y coherencia en la aplicación del Derecho Internacional General por distintas instancias judiciales. De hecho, tal y como señala DUPUY, el cometido de los tribunales internacionales no es sólo el arreglo de controversias entre Estados, sino contribuir activamente a la identificación progresiva de normas consuetudinarias y de principios generales que rigen las

---

<sup>82</sup> ECHR, *Case of Stichting Mothers of Srebrenica and others v. The Netherlands*, 11 June 2012, Application no. 65542/12, en particular párr.158, al establecer que: «[...] International law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *ius cogens*. In respect of the sovereign immunity of foreign States this has been clearly stated by the ICJ in Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy: Greece intervening*), judgment of 3 February 2012, §§ 81-97. In the Court's opinion this also holds true as regards the immunity enjoyed by the United Nations.»

<sup>83</sup> ECHR, *Case of Jones and Others v. the United Kingdom*, 14 January 2014, Applications nos. 34356/06 and 40528/06, en particular párr. 198, cuando afirma que «[...] However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* [...] —which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law— clearly establishes that, by February 2012, no *ius cogens* exception to State immunity had yet crystallised.»

<sup>84</sup> PITEA, C., «The ECHR, Judicial Dialogue and General International Law in... *loc. cit.*, p.3.

relaciones entre los Estados<sup>85</sup>. Podemos afirmar, y esta sentencia lo prueba, que en los últimos tiempos esta labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se está cumpliendo de una manera cada vez más categórica y sólida. Las víctimas lo merecen.

LAS VÍCTIMAS ENCUENTRAN SU LUGAR ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS: UNA «SATISFACCIÓN EQUITATIVA»  
POR LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS EN LAS DEMANDAS  
INTERESTATALES (*CHIPRE CONTRA TURQUÍA*)

RESUMEN: El individuo va encontrando progresivamente su lugar en el Derecho Internacional Público y la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos evidencia este hecho. Un paso más lo hallamos cuando, el 12 de mayo de 2014, la Gran Sala del TEDH adoptó una sentencia histórica. En ésta y en el marco de las demandas interestatales de Chipre contra Turquía por su intervención militar en la isla, el Tribunal concedió una satisfacción equitativa a Chipre, en virtud del art.41 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El fin de dicha satisfacción era reparar los daños producidos a las víctimas de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos en dicha incursión militar. Es la primera vez que se adoptaba una decisión de este tipo para demandas interestatales, y ha supuesto una oportunidad única para que la instancia judicial europea reflexione sobre la responsabilidad internacional del Estado, sus obligaciones *erga omnes*, y su conexión con la protección diplomática, los mecanismos de protección de los derechos humanos, las víctimas y su reparación y, yendo más allá, el Derecho Internacional General y su relación con la *lex specialis*.

PALABRAS CLAVE: Satisfacción equitativa; Artículo 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos; Demandas interestatales; Víctimas; Reparación; Regímenes autónomos.

VICTIMS FIND THEIR PLACE AT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:  
«JUST SATISFACTION» FOR THEIR RIGHTS' VIOLATION  
IN INTER-STATES CASES (*CYPRUS AGAINST TURKEY*)

SUMMARY: The individual is gradually finding its place in the Public International Law and the work of the European Court of Human Rights evidence this fact. On 12 May 2014, the European Court of Human Rights Grand Chamber adopted a landmark

<sup>85</sup> DUPUY, P.-M., «Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol.III, 1999, pp.266-267. Ver también: DUPUY, P.-M., «Un débat à l'ère de la globalization sur la fragmentation du Droit International», *European Journal of Legal Studies*, Vol.1, 2007.

judgment. In this judgment and in the context of inter-State complaints of Cyprus against Turkey for its military intervention in the island, the Court awarded just satisfaction to Cyprus, in accordance with art.41 European Convention of Human Rights. The purpose of this satisfaction was to repair the damage caused to the victims of systematic human rights violations in this military incursion. It is the first time that a decision of this kind for interstate claims was adopted, and it offers a unique opportunity for the European judicial body to reflect about some crucial aspects as the international responsibility of the State, its *erga omnes* obligations with respect to human rights and its connection with diplomatic protection, the mechanisms to protect human rights, the victims and compensation, and above all, about the General International Law and its relationship with the *lex specialis*.

KEY WORDS: Just satisfaction; Article 41 European Convention on Human Rights; Inter-States Complaints; Victims; Reparation; Self-Contained Regimes.

LES VICTIMES TROUVENT SA PLACE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME: «SATISFACTION ÉQUITABLE»  
POUR LA VIOLATION DE LEURS DROITS DANS LES AFFAIRES  
INTERÉTATIQUES (*CHYPRE CONTRE LA TURQUIE*)

RÉSUMÉ: L'individu va progressivement trouver sa place dans le droit international public et le travail de la Cour européenne des droits de l'homme est une vraie preuve. En effet, le 12 mai 2014, la Grande Chambre de la CEDH a adopté une décision historique. Dans ce domaine et dans le cadre de demandes interétatiques de Chypre contre la Turquie pour son intervention militaire dans l'île, la Cour a octroyé une satisfaction à Chypre, d'accord avec l'article 41 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le but de cette satisfaction était de réparer les dommages causés aux victimes de violations systématiques des droits de l'homme dans cette incursion militaire. C'est la première fois qu'une décision de ce type pour les demandes interétatiques a été adopté, et elle a offert une occasion unique pour la Cour Européenne de réfléchir sur : la responsabilité internationale de l'Etat, ses obligations *erga omnes* à l'égard des droits de l'homme et son lien avec la protection diplomatique, les mécanismes de protection des droits de l'homme, les victimes, la réparation et, au-delà de tout ça, sur le Droit International Général et sa relation avec la *lex specialis*.

MOTS CLÉS: Satisfaction équitable; Article 41 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme; Affaires interétatiques; Victimes; Réparation; Régimes autonomes.



# EL COMITÉ DE LAS REGIONES EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO: HACIA UNA REDEFINICIÓN DE SU PAPEL POLÍTICO E INSTITUCIONAL EN BUSCA DE SU LUGAR EN EL MUNDO COMUNITARIO

JOSÉ LUIS DE CASTRO RUANO\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS REGIONES ENTRAN EN LA ESCENA. EL NACIMIENTO DEL COMITÉ DE LAS REGIONES.
  1. LA ILUSIÓN DE LO NUEVO Y LOS PRIMEROS PASOS.
  2. DE LA ILUSIÓN A LA FRUSTRACIÓN: LA REALIDAD DEL COMITÉ DE LAS REGIONES.
- III. LA GOBERNANZA MULTINIVEL COMO NUEVA NARRATIVA LEGITIMADORA DEL MOVIMIENTO REGIONAL.
  1. UN NUEVO SIGNIFICADO PARA EL COMITÉ DE LAS REGIONES.
  2. Y EN ESO LLEGAMOS AL TRATADO DE LISBOA.
- IV. NUEVO PRESENTE Y NUEVO FUTURO PARA EL COMITÉ DE LAS REGIONES.
  1. EL COMITÉ DE LAS REGIONES COMO GUARDIÁN DE LA SUBSIDIARIEDAD.
  2. NUEVA ESTRATEGIA DEL COMITÉ DE LAS REGIONES PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LA SUBSIDIARIEDAD.
  3. HACIA LA REDEFINICIÓN DEL PAPEL POLÍTICO E INSTITUCIONAL DEL COMITÉ DE LAS REGIONES.
- V. CONCLUSIONES.

---

\* Profesor Titular de Relaciones Internacionales UPV/EHU y Cátedra Jean Monnet. El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación del GV/EJ, IT861-13 denominado «Descentralización del sistema internacional y acción exterior del Estado de estructura compleja: desarrollos teóricos y experiencias prácticas.»

## I. INTRODUCCIÓN

Transcurridos ya veinte años desde que el Comité de las Regiones (en adelante CDR) echara a andar y tras tres reformas sucesivas de los Tratados comunitarios, ha llegado un momento oportuno para hacer una valoración del significado del Comité en el entramado decisional y organizacional comunitario. Si bien suele ser un lugar común afirmar que su creación supuso un aldabonazo para la toma de conciencia europeísta de las autoridades territoriales, el significado último de su contribución a la elaboración de la norma comunitaria no deja de ser controvertido, dada su limitada capacidad de influir realmente en las normas comunitarias a través de sus dictámenes. En este artículo no pretendemos detenernos en un análisis de las características institucionales del Comité, ni en su forma de composición y organización – aunque dedicaremos a ello algunos párrafos-, sus competencias mismas u otras cuestiones suficientemente tratadas por la literatura especializada; tampoco queremos cuestionar la existencia del Comité como instrumento de participación europea de las autoridades territoriales, sino que nuestro objetivo es valorar su contribución a la gobernanza del proceso de construcción europea como tal y a la luz de la experiencia de su funcionamiento en estas dos décadas, así como reflexionar acerca de su papel venidero en una cuestión concreta, como es el control del Principio de Subsidiariedad. Del resultado de esta reflexión se derivará alguna recomendación prospectiva de cara al inmediato futuro del CDR.

## II. LAS REGIONES ENTRAN EN LA ESCENA. EL NACIMIENTO DEL COMITÉ DE LAS REGIONES

### 1. LA ILUSIÓN DE LO NUEVO Y LOS PRIMEROS PASOS

El Tratado de Maastricht que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 enfrentó de forma audaz las consecuencias derivadas del doble proceso de descentralización creciente en el seno de los Estados miembros y progresiva comunitarización de competencias de titularidad regional en el ámbito interno de los Estados<sup>1</sup>. El reconocimiento inicial del Principio de Subsidiariedad,

---

<sup>1</sup> DE CASTRO RUANO, J.L., *La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción europea*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1994.

la tímida apertura de la participación de las autoridades regionales en el Consejo y la creación del CDR como organismo de representación regional en el entramado comunitario, plasmaron una inicial respuesta comunitaria al hecho regional («déficit democrático regional») dando forma a una política del «tercer nivel» que, desde entonces, se ha ido abriendo camino y perfeccionando, de manera satisfactoria para unos y absolutamente insuficiente para otros.

La creación del CDR, que celebró su primer pleno en marzo de 1994, supuso el reconocimiento más significativo de la realidad regional en la historia de la construcción europea al posibilitar la entrada de los poderes regionales en el entramado organizacional comunitario<sup>2</sup>. Por primera vez el derecho originario comunitario se refería a las Regiones como sujetos del proceso decisorio y no como meros destinatarios de las políticas comunitarias. El CDR respondía en su constitución y formación a un triple principio: principio de subsidiariedad por el que las decisiones deben tomarse en el nivel efectivo más próximo al ciudadano; principio de proximidad y transparencia, de forma que se produzca un mayor acercamiento por parte de la ciudadanía a la actividad comunitaria; y principio de asociación, de forma que todos los niveles participen en el proceso decisorio comunitario, buscando maximizar la eficacia. Todo ello tendente a aumentar la legitimidad democrática del conjunto.

---

<sup>2</sup> Sobre la creación y significado del Comité de las Regiones *vid.* entre otros: BASSOT, E., «Le Comité des Régions. Régions françaises et Länder allemands face à une nouvelle organe communautaire», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 371, 1993. BOURRINET, J., (Dtor.), *Le Comité des Régions de l'Union Européenne*, Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires, Marseille, 1997. BULLAIN LÓPEZ, I., «El Comité de las Regiones previsto en el Tratado de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Serie B-78, 1992I. CALONGE, A. y SANZ, I., *El Comité de las Regiones. Análisis de una ¿futura institución?*, Comares, Granada, 2010. DÍAZ BARRADO, C., «El Comité de las Regiones: naturaleza, organización y competencias» en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO, V., *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004. FÉRAL, P.A., *Le Comité des Régions de l'Union Européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998. HUICI SANCHO, L., *El Comité de las Regiones: su función en el proceso de construcción europea*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2003. MANGAS MARTÍN, A., «El nombramiento de los miembros del Comité de las Regiones: el caso español», *Noticias de la Unión Europea*, nº 17, 1994. MORENO VÁZQUEZ, M., *Comité de las Regiones y Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Algunas consideraciones sobre el Comité de las Regiones y su función en el proceso de construcción europea», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, nº 1, 1994. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «El Comité de las Regiones» en OREJA AGUIRRE, M. (Dtor.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y Comentarios*. McGraw-Hill, Madrid, 1998.

La lejanía existente entre los centros de decisión comunitarios y la ciudadanía europea tradicionalmente ha venido siendo uno de los principales déficits con los que ha tenido que lidiar el proceso de la integración europea. Cuestión que adquiere más relevancia si cabe en una coyuntura de crisis como la actual que aumenta la desafección ciudadana hacia un proceso político cuyos resultados en lo que se refiere a niveles de convivencia, superación de las divisiones y consecución de logros comunes no debían dejar lugar a críticas. La incorporación al entramado comunitario de las instituciones territoriales más cercanas al ciudadano, aquellas con las que él más se identifica en la gestión cotidiana de los asuntos públicos ha sido, desde hace décadas, una de las apuestas para la consecución de mayores niveles de legitimación política y de identificación con el proceso. La participación regional en el proceso comunitario se ha interpretado como una forma, entre otras, de proporcionar al ciudadano un espacio político de participación en el entramado comunitario.

El efecto combinado de las soluciones que el Tratado de Maastricht proporcionó a la cuestión regional fue valorado de forma mayoritaria por la doctrina como la plasmación en sede comunitaria de la denominada «política del tercer nivel» que habían defendido en los años ochenta del pasado siglo los líderes alemanes a la vanguardia del movimiento regionalista<sup>3</sup>. Plasmación inicial de lo que, en una voluntariosa interpretación, habría de evolucionar hacia una incierta e indefinida «Europa de las Regiones»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. entre muchos otros: ARIAS MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> A., *Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho Comunitario Europeo. Un estudio sobre el principio de colaboración en este ámbito*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La búsqueda por las Comunidades Autónomas de su presencia directa en y ante las Comunidades Europeas», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, D-22, 1994. ROJO SALGADO, A., *La exigencia de participación regional en la Unión Europea. De la regionalización estatal a la regionalización comunitaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

<sup>4</sup> Sobre la Europa de las Regiones, vid. entre muchos otros: ARENILLA, M., LOUGHLIN, J., TOONEN, T. (Eds.), *La Europa de las Regiones. Una perspectiva intergubernamental*, Universidad de Granada, Granada, 1994. AUBY, J.F., «L'Europe des régions» en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, n° 4, 1990. CHARPENTIER, J. et ENGEL, C. (Dir.), *Les régions de l'espace communautaire*, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 1992. HARVIE, C., *The Rise of Regional Europe*. Routledge, London, 1994. HERAUD, G., «Vues prospectives pour une Europe des Régions et des Peuples», *Régions d'Europe*, n°2, 1990. LABASSE, J., *L'Europe des régions*. Flammarion, Paris, 1991. MONSERRAT, T.; «L'Europa de les Regions», *Europa de les Nacions*, Barcelona, Barcelona, 1989. PALARD, J. *Vers l'Europe des régions?. Problèmes politiques et sociaux*, n° 806, Ed. La documentation Française, 1998. PETSCHEN, S. *La Europa de las regiones*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1992. PIERRET, G., *Vivre l'Europe... autrement. Les régions entrent en scène*, Éditions Jean Picollec, Paris, 2001. ROMUS, P., *L'Europe regional*, Labor, Bruxelles, 1990.

En lo que se refiere más específicamente al CDR como simbólico buque insignia del hecho regional en la UE, nos enfrentamos a un órgano de naturaleza política que, agrupando a las Regiones europeas (aunque realmente incluye también a entidades locales) les permitiría, mediante el diálogo y la cooperación multilateral, intervenir en el proceso decisonal comunitario de forma directa y autónoma respecto de los Gobiernos estatales. Así, el CDR se vio entonces como un paso previo hacia el establecimiento de una «cámara regional» que, inspirada en el Bundesrat alemán, pasara a erigirse en la tercera cámara legislativa comunitaria<sup>5</sup> (es decir, el CDR como una forma incipiente de Senado regional europeo).

En el plano más puramente teórico, transitaríamos así desde una incierta, ambigua e indefinida propuesta de «Europa de las Regiones» animada por algunos, a un «Nuevo Regionalismo»<sup>6</sup> en el que las Regiones emergerían como nuevos actores en la arena política europea, desplazando y/o superando al Estado como centro decisorio del proceso político. Este discurso, ilusionante para unos, meramente iluso para muchos otros, no se ha visto correspondido por la práctica cotidiana del proceso decisonal en Bruselas.

## 2. DE LA ILUSIÓN A LA FRUSTRACIÓN: LA REALIDAD DEL COMITÉ DE LAS REGIONES

La realidad fue atemperando buena parte de los discursos más posibilistas y reduciendo la potencialidad del CDR a lo que verdaderamente era: un organismo de representación y participación territorial inserto en el entramado político y decisorio comunitario que tendría que pugnar por encontrar su hueco en el mismo y hacerse valer. Nada más, pero también nada menos.

Para empezar, se trata de un órgano comunitario y no de una Institución propiamente dicha. Aunque ciertamente, no es un mero organismo cualquie-

<sup>5</sup> RAMÓN, R., «El Comité de las Regiones: el largo camino hacia la institucionalización de la Europa multinivel» en MORATA, F. (Ed.), *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

<sup>6</sup> BALME, R. (Ed.), *Les politiques du néo-régionalisme*. Economica, Paris, 1996. KEATING, M., *The New Regionalism in Western Europe. Territorial Restructuring and Political Change*, Edward Elgar, Aldershot, 1998. KEATING, M., «Territorial Politics and the New Regionalism» en MORATA, F. (Dtor.), *Regional Governance in the EU*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2002. KEATING, M. and LOUGHLIN, J. (eds.), *The Political Economy of Regionalism*, Frank Cass, London, 1997. KEATING, M., «La política territorial y el Nuevo regionalismo» en MORATA, F. (Ed.), *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, op. cit.

ra de entre los múltiples que existen en la compleja constelación organizacional e institucional comunitaria; ni por funciones, ni por representación, ni por su reconocimiento explícito en los Tratados. Pero a pesar de todos los atributos positivos que incorpora, la realidad es que expresa una muy tímida participación en el proceso legislativo comunitario, tanto por la función solo consultiva que desde el origen le atribuyeron los Tratados, como por el inadecuado «momento» de su intervención en el proceso de elaboración de la norma comunitaria. El CDR se pronuncia una vez que la Comisión ha adoptado ya la propuesta legislativa y tras la elaboración de la misma por parte del Consejo; si bien, antes de que la misma sea discutida entre el Consejo y el Parlamento Europeo por lo que hay todavía cierta incertidumbre acerca de todos los términos del debate. Las Resoluciones del CDR sí son tenidas en cuenta por el PE para la elaboración de aquellas; pero el aspecto negativo es que el aporte que proporciona el Comité resulta invisibilizado por la actuación de la cámara de Estrasburgo. Es decir, su participación se produce en un momento muy avanzado de la propuesta legislativa. En busca de un protagonismo más efectivo, su participación debería producirse o «antes» o «después» de cuando se produce realmente; «antes» y así poder influir en la definición de la iniciativa de la Comisión o «después» para pronunciarse cuando todas las posiciones están ya sobre la mesa.

Por otra parte, hay que referirse una vez más a la heterogeneidad disfuncional de su composición. En el seno del CDR conviven Administraciones públicas locales y municipales —cuarto nivel— con Administraciones regionales —tercer nivel—; y aún, debemos diferenciar entre Regiones con poder legislativo y Regiones administrativas<sup>7</sup>; y evidentemente, el ámbito político y competencial de todos estos poderes territoriales, su naturaleza y, en consecuencia, las demandas que elevan al ámbito comunitario son distintas. Además, con las sucesivas ampliaciones comunitarias en el CDR hay ya una mayoría de poderes territoriales locales o emanados de una muy débil regionalización.

A pesar de que se han subsanado algunas de las deficiencias técnicas originarias (en el momento de su creación compartía organización y administración con el Comité Económico y Social) sigue padeciendo una excesiva esta-

---

<sup>7</sup> Y la convivencia entre ellas sigue resultando muchas veces, si no conflictiva, sí por lo menos deficiente. Sobre el asunto *vid.* HUICI SANCHO, L., «Las regiones con competencias legislativas en el Comité de las Regiones: los encuentros y desencuentros continúan» en BADIA, A., PIGRAU, A. y OLESTI, A. (Coords.), *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

talización en cuanto a su configuración; y esto en dos sentidos: en lo que se refiere al nombramiento de sus miembros<sup>8</sup> y en el reparto de escaños. Nos detenemos brevemente en esta segunda cuestión.

El reparto de escaños responde a una lógica estatal; la misma que caracteriza el reparto de poder en otras instancias comunitarias<sup>9</sup>. De acuerdo a su naturaleza y la lógica que animó su creación, las unidades de prorrateo deberían ser las unidades subestatales y no los Estados; y así evitaríamos por ejemplo que Malta, sin estructuras regionales, cuenten con cinco escaños y el populoso Land de Renania del Norte-Westfalia, con más de 18 millones de habitantes, cuente con un único escaño, igual que los 13 millones ciudadanos de Baviera o los 11 de la Región francesa de Île de France. Además, el Tratado de Lisboa fija que el número de miembros del Comité no excederá de 350<sup>10</sup>.

En un ámbito de análisis más cercano y, una vez vayan implementándose las obligadas reducciones de escaños asignados por país como consecuencia de las próximas ampliaciones de la UE, podríamos enfrentarnos a situaciones cuando menos problemáticas. ¿Qué Administración territorial aceptará de buen grado perder «su» escaño en el Comité de las Regiones? El organismo lleva tiempo trabajando sobre la cuestión, incluso ha definido un modelo simple para la asignación de puestos de acuerdo con las próximas ampliaciones; así, ha recomendado al Consejo y a la Comisión Europea que, según vayan produciéndose éstas, las delegaciones estatales empezando por las más pequeñas, irán cediendo cada una de ellas un escaño, hasta que se haya conseguido liberar el número suficiente de puestos para responder a las necesidades de la ampliación de

---

<sup>8</sup> «(...) El Consejo adoptará la lista de miembros y suplentes establecida de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro (...). Artículo 305 del TFUE (párrafo tercero).

<sup>9</sup> En la actualidad el reparto de los escaños es como sigue: Alemania, Francia, Italia y Reino Unido cuentan con 24 escaños cada uno; España y Polonia, 21 respectivamente; Rumanía con 15; Austria, Bélgica Bulgaria, Grecia, Hungría, Países Bajos, Portugal, Suecia y la República Checa cuentan con 12 escaños cada uno; Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Croacia, con 9 cada uno; Estonia, Letonia y Eslovenia con 7 respectivamente, Chipre y Luxemburgo con 6 cada uno y Malta con 5. Ello da un total de 353 escaños

<sup>10</sup> Artículo 305 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Disposición análoga a la que ya recogía el artículo 263 del Tratado de Niza. En la actualidad, transitoriamente, el CDR supera esa cifra según hemos visto en la nota anterior. Ello es consecuencia de que a los 344 escaños con que el Comité inició este quinto mandato, se le han añadido los 9 representantes croatas tras el ingreso de la exrepública yugoslava el pasado 1 de julio de 2013. La situación se mantendrá hasta el próximo 31 de enero del 2015 en que el CDR finalice el presente mandato.

que se trate. En cada ampliación, el proceso se repetirá, comenzando con la siguiente delegación de la lista que será el país más pequeño que no haya llevado a cabo la reducción de un escaño<sup>11</sup>. Siempre respetando una horquilla mínima y máxima: el Estado menos poblado no podrá tener menos de 5 escaños y el más poblado no podrá contar con más de 24 escaños.

En la actualidad España dispone de 21 escaños, repartidos a razón de un representante por cada Comunidad Autónoma, esto es diecisiete escaños, y los cuatro restantes atribuidos a los representantes de Administraciones locales. Pero, ¿qué pasaría en el caso de que a España acabara correspondiéndole, por mor de las sucesivas ampliaciones, un número menor de escaños?. ¿Qué Comunidad Autónoma aceptaría perder «su» representante en el CDR?, o bien, ¿los poderes locales aceptarían reducir sus «ya exigüos» cuatro representantes?<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Vid. COMITÉ DE LAS REGIONES, *Recomendaciones a la Comisión Europea y al Consejo sobre la futura composición del Comité de las Regiones de la Unión Europea*. Bruselas, 6 de octubre de 2010 (CDR 137/2010 fin).

<sup>12</sup> Hay que señalar, sin embargo, que a medio plazo esta situación «de laboratorio» que hemos dibujado, felizmente no va a tener lugar. Recientemente la Comisión Europea ha propuesto al Consejo una modificación del número de miembros del Comité para el próximo periodo 2015-2020, de forma que se respete el límite máximo impuesto por el artículo 305 del TFUE, es decir, 350 escaños (Vid. EUROPEAN COMMISSION; *Proposal for a Council Decision determining the composition of the Committee of the Regions*, Brussels, 11.6.2014, COM /2014) 226 final). Con el afán de llevar a cabo la más leve modificación respecto de la situación actual, la propuesta de la Comisión supone una reducción del número de escaños asignados en tres países miembros, concretamente en Estonia (que pasaría de los 7 escaños actuales a contar con 6), Chipre y Luxemburgo (que pasarían respectivamente de los 6 escaños con que cuenta cada uno actualmente a contar con 5). De esta forma, el CDR pasaría de los 353 escaños con que cuenta en la actualidad a los 350 que impone como límite el Tratado de Lisboa. El criterio que utiliza la Comisión Europea es reducir un escaño a cada uno de los tres Estados miembros menos poblados, con la excepción de Malta que permanecerá con los 5 escaños actuales por ser éste el umbral mínimo asignado a cada país. Así las cosas, en el caso de ulteriores ampliaciones, la Comisión recomendará reducir 1 escaño a los siguientes países menos poblados. Imaginemos una hipotética adhesión de Serbia a quien corresponderían aproximadamente 11 escaños en el Comité, dados sus más de 7 millones de habitantes (es decir, un poco menos que Bulgaria que cuenta con 12 representantes). Ello obligaría a «liberar» once puestos que resultarían de reducir uno a Eslovenia, Letonia, Lituania, Irlanda, Finlandia, Eslovaquia, Dinamarca, Bulgaria, Austria, Suecia y Hungría. España seguiría sin verse afectada, por lo tanto. Si a Serbia le acompañara en su adhesión, por ejemplo la Antigua República Yugoslava de Macedonia, habría que liberar otros 5 escaños probablemente: República Checa, Portugal, Bélgica, Grecia y Países Bajos perderían entonces uno cada uno. Siguiendo con la hipótesis prospectiva, ante la eventual ampliación posterior a Albania, España habría de ceder entonces uno de sus escaños. No es difícil suponer que la Federación Española de Municipios y Provincias discutiría la aminoración de la representación de los poderes locales en el Comité de las Regiones... pero así son las cosas.

Dejando este aspecto que, como vemos, podría resultar una cuestión controvertida, señalamos que las altas expectativas regionales que había generado el Tratado de Maastricht se fueron diluyendo progresivamente, y ello en diferentes y variados aspectos.

El Principio de Subsidiariedad animaba el debate regional y aumentaba la legitimidad de las demandas de participación de las colectividades territoriales; pero en su definición jurídica en los Tratados ni tan siquiera se citaba al poder regional y su reconocimiento explícito no descendía más allá del nivel estatal<sup>13</sup>.

La participación en el Consejo quedaba limitada, según la legislación propia de cada Estado, por mecanismos multilaterales internos de participación excesivamente rígidos y complejos que, casi en ningún caso, permitían una defensa eficiente, ágil y flexible de las posiciones regionales<sup>14</sup>.

Y en lo que más específicamente nos ocupa, el Comité de las Regiones posibilitaba a los líderes regionales una tímida participación consultiva en el proceso legislativo, pero muy alejada del ambicionado Senado Regional europeo que, en una especie de Bundesrat alemán se erigiese con propiedad en la tercera cámara legislativa de la UE. Las deficiencias técnicas originarias, la excesiva estatalización y heterogeneidad disfuncional de su composición, hizo

---

<sup>13</sup> Artículo 5 del Tratado de Niza: «(...) En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente *por los Estados miembros (...)*» (la cursiva es nuestra).

<sup>14</sup> Vid. AA.VV., *La participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Ministros de la Unión Europea*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998. ARIAS MARTÍNEZ, M<sup>o</sup> A., *Comunidades Autónomas y elaboración del Derecho Comunitario europeo (...)* op. cit. BELTRÁN, S., «La aplicación de los acuerdos que regulan la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión (Variaciones y desvaríos sobre un mismo tema), *Revista General de Derecho Europeo*, n<sup>o</sup> 22, 2010. BELTRÁN, S., «Una salida para la representación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la UE» en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n<sup>o</sup> 99, 2012. DE BECKER, A., «La representación de Bélgica en el Consejo de la UE y la participación directa de las regiones», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n<sup>o</sup> 99, 2012. DE CASTRO RUANO, J.L., «Comunidades Autónomas y Unión Europea: últimos avances en la dirección correcta hacia la disipación de los tabúes. El Acuerdo de 9 de diciembre de 2004.», *Unión Europea. Aranzadi*, n<sup>o</sup> 8 y 9, 2005. ELVIRA AYUSO, L., «Las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión Europea: la representación de Cataluña», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n<sup>o</sup> 8, 2009. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Comunidades Autónomas y política europea*, Cívitas, Madrid, 2000. PÉREZ TREMPES, P. (Coord), *La participación europea y acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons, Madrid, 1999. ROIG MOLÉS, E., *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

que las Regiones con más capacidad política se fueran desencantando del organismo, a pesar del aumento progresivo de los ámbitos de consulta obligatoria experimentado como consecuencia de las sucesivas reformas de los Tratados. Los poderes territoriales más débiles desde un punto de vista competencial, institucional y político lo consideran un interesante instrumento de participación comunitaria; pero las Regiones institucionalmente más potentes se desinteresan de un instrumento demasiado heterogéneo y con un abanico de sectores de interés demasiado amplio y disperso y que, aunque haya visto aumentar la lista de materias de consulta obligatoria, no ha visto mejorada sustancialmente su posición institucional. No olvidemos además que las reformas de los Tratados comunitarios de Amsterdam y Niza no introdujeron mejoras sustantivas en lo que se refiere a la articulación política del poder regional.

Así las cosas, las Regiones cada vez adoptan una posición más pragmática y priorizan la participación comunitaria a través de cauces internos estatales; disminuye la presencia de miembros titulares en el trabajo cotidiano del CDR que es protagonizado por los miembros suplentes que, además, en muchos casos son de menor nivel administrativo e institucional<sup>15</sup>. El desencanto es palpable y las expectativas que había originado en los más pujantes representantes del regionalismo europeo (Regiones belgas, Länder alemanes, algunas Comunidades Autónomas españolas, etc.) se desvanecen. La metáfora de la «Europa de las Regiones» queda desacreditada<sup>16</sup>. ¿Asistimos por lo tanto al ocaso de las ambiciones regionales europeístas? Ciertamente no.

### III. LA GOBERNANZA MULTINIVEL COMO NUEVA NARRATIVA LEGITIMADORA DEL MOVIMIENTO REGIONAL

#### 1. UN NUEVO SIGNIFICADO PARA EL COMITÉ DE LAS REGIONES

En los últimos años el movimiento regional ha encontrado una nueva narrativa legitimadora, más cercana a la realidad comunitaria europea, aunque

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, en lo que a España se refiere, en las primeras legislaturas figuraban como miembros suplentes un amplio número de Consejeros/as de Presidencia de los Gobiernos autonómicos respectivos. En la actualidad, la mayoría de ellos tienen la categoría de Directores o Directores Generales de asuntos europeos.

<sup>16</sup> Valoración que tomamos de POPARTAN, L.A y SOLORIO SANDOVAL, I., «Las Regiones en la Unión Europea: procesos y paradigmas», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n° 99, 2012, p. 10.

también más tecnocrática y menos glamurosa, en el marco teórico de la Gobernanza Multinivel —en adelante GMN<sup>17</sup>—. Así, Europa es entendida como un sistema político multinivel, sin un centro definido de autoridad jerarquizada, en el que una multiplicidad de actores concurren a la elaboración de la norma comunitaria. En palabras del propio Comité, la Europa de la GMN consiste en «la acción coordinada de la UE, de los Estados miembros y de los entes regionales y locales, basada en los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad y de asociación, que se concreta en una cooperación funcional e institucionalizada dirigida a elaborar y aplicar las políticas de la UE»<sup>18</sup>. La UE se caracteriza por la dispersión de la autoridad entre diferentes actores y niveles de gobernanza<sup>19</sup>. En el ámbito comunitario asistimos a un complejo solapamiento de competencias y autoridades de diferentes e interdependientes niveles de gobierno en interacción. Las Regiones son, por lo tanto, uno más de entre la multiplicidad de actores en concurrencia en el seno de la amplia red de interdependencias en que se ha convertido la arena comunitaria europea.

El discurso regionalista se inserta así en el pensamiento teórico de la GMN; de la «Europa DE las Regiones» en una especie de juego de suma cero con los Estados, pasamos a una más pragmática «Europa CON las Regiones» en la que éstas practican un juego de cooperación con el Estado en el que ambos —junto con otros actores— concurren en la elaboración y en la ejecución de la norma comunitaria<sup>20</sup>. Y es en ese marco en el que el CDR adquiere una nueva significación.

Si analizamos al Comité desde un punto de vista funcional y no exclusivamente institucional, podemos otorgarle una mayor relevancia y protagonismo<sup>21</sup>. El CDR se inserta en el marco más amplio de la movilización regio-

---

<sup>17</sup> El concepto fue introducido en el léxico comunitario en el Libro Blanco de la Comisión de julio de 2001 (COM (2001)428 fin).

<sup>18</sup> *Carta de la Gobernanza Multinivel en Europa*, Comité de las Regiones, 3 de abril de 2014. La Carta es un manifiesto político de las ciudades y Regiones de Europa en el que se invita a todas las autoridades públicas a hacer de la GMN una realidad en la elaboración y aplicación de las políticas. Aunque sin ser jurídicamente vinculante, la Carta comprometerá a sus signatarios a utilizar la GMN en la gestión de las políticas públicas. Su elaboración parte del compromiso del CDR de asegurar una buena aplicación del Principio de Subsidiariedad. La firma de la Carta está abierta a todas las autoridades territoriales de la UE (el sitio web de la Carta de la GMN es [www.cor.europa.eu/mlgcharter](http://www.cor.europa.eu/mlgcharter))

<sup>19</sup> MORATA, F., «Regiones y gobernanza multinivel en la Unión Europea» en MORATA, F. (ed.), *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, op. cit., pp. 35 y 36.

<sup>20</sup> POPARTAN, L.A. y SOLORIO SANDOVAL, I., op. cit., pp. 15 y 16.

<sup>21</sup> RAMON, R., op. cit. pp. 288 y ss.

nal europea, como uno más de los múltiples mecanismos de participación regional existentes en la gobernanza europea (junto a las oficinas de representación regional, la participación regional en el Consejo de Ministros de la UE y en la Comitología, las redes interregionales de cooperación técnica que dialogan con la Comisión, las asociaciones interregionales, etc.). Así, el CDR contribuye a la ejecución de la política europea de las Regiones; ofrece un marco para la participación regional en la UE; integra a las autoridades regionales en la toma de decisiones comunitarias y contribuye a la reafirmación de las identidades territoriales al ofrecer nuevas oportunidades y nuevos recursos simbólico-políticos a los líderes territoriales<sup>22</sup>.

Es decir, el CDR no produce grandes efectos concretos e inmediatos sobre un determinado proyecto legislativo comunitario y, en consecuencia, no estamos, ni siquiera hipotéticamente, ante la perspectiva de una tercera cámara legislativa comunitaria europea, sino que el Comité es «otra cosa»: un nuevo instrumento, entre muchísimos otros más, que coadyuva a la formulación de las políticas comunitarias y proporciona una nueva arena simbólica de participación política que será susceptible de tenerse en cuenta de acuerdo a coyunturas concretas. Así, en algunas ocasiones, en algunas iniciativas concretas, el CDR proporcionará un protagonismo nada desdeñable a alguno/s de sus representantes si pueden y saben hacerlo valer y, en otras ocasiones, su protagonismo quedará disminuido.

## 2. Y EN ESO LLEGAMOS AL TRATADO DE LISBOA

Y es en ese marco en el que debemos interpretar y valorar las novedades que incluye el Tratado de Lisboa en lo que se refiere a la cuestión regional. Este Tratado retoma la senda de la profundización regional en el sistema político comunitario que se inició con el de Maastricht y que las reformas de Amsterdam y Niza habían abandonado al no incluir avances sustanciales en lo que se ha dado en llamar la «política del tercer nivel».

El Tratado de Lisboa incluye numerosas disposiciones referentes a la cuestión regional que resultan susceptibles de ampliar el protagonismo de las Regiones en el ámbito comunitario ofreciendo una dimensión cualitativamente distinta de la que existía hasta ahora<sup>23</sup>: incorpora la dimensión territorial de la

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>23</sup> ARES CASTRO-CONDE, C., *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010. CARMONA CONTRERAS, A.M.,

UE y por primera vez reconoce explícitamente la cohesión territorial (además de la económica y social) como una finalidad de la UE<sup>24</sup>, así como el respeto de la diversidad cultural y lingüística<sup>25</sup>. El reconocimiento de la autonomía regional y local queda ahora consagrado en el Tratado, si bien con el límite explícito del respeto a la integridad territorial del Estado<sup>26</sup>. Aunque no adquiere el rango de institución, se potencia notablemente al CDR al concederle la posibilidad de interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE contra actos legislativos de la UE por incumplimiento del principio de subsidiariedad en los ámbitos en los que el Tratado de Funcionamiento de la UE exige su consulta preceptiva<sup>27</sup> (que también se verán aumentados en Lisboa); podrá también interponer recurso ante el mismo tribunal «con el fin de salvaguardar su prerrogativas»<sup>28</sup>. Se incluye una nueva enunciación del principio de subsidiariedad

---

«La incidencia del Tratado de Lisboa en la organización territorial española» en MATÍA PORTILLA, F.J. (Dtor.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2008. CARMONA CONTRERAS, A.M., «Tratado de Lisboa y organización territorial del Estado: ¿nada nuevo bajo el sol?» en *Teoría y realidad constitucional*, nº 23, 2009. CORTÉS MARTÍN, J.M., «El Tratado de Lisboa y las Regiones», *Revista de Estudios Regionales*, nº 86, 2009. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, p. 59. OLESTI RAYO, A. (Coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012. OLESTI RAYO, A. (Coord.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2010. PEREZ MEDINA, J.M., «Tratamiento de la cuestión regional en el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea» en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 4. SOBRIDO PRIETO, M., «El papel de las regiones en la Constitución Europea» en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 8, 2005. Recordemos que a estos efectos, el Tratado de Lisboa y el fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, son semejantes.

<sup>24</sup> Artículo 3.3, párrafo tercero del TUE.

<sup>25</sup> Mismo artículo, párrafo cuarto.

<sup>26</sup> Artículo 4.2 del TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial (...).» Sobre esta cuestión *vid.* BELTRÁN GARCÍA, S., «La inclusión de los Principios de Autonomía Regional y Local en el Tratado de Lisboa» en OLESTI RAYO, A. (Dtor.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, *op. cit.*

<sup>27</sup> Artículo 8 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Tratado de Lisboa.

<sup>28</sup> Artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

que se extiende explícitamente, ahora sí, a los distintos niveles territoriales de gobierno y, obviamente, también a las Regiones, superando de esta forma la limitada visión del principio que limitaba su alcance a las relaciones entre el nivel comunitario y el estatal<sup>29</sup>. Además, las Regiones podrán ser consultadas por la Comisión en el momento de elaboración de la norma comunitaria como partes interesadas y concernidas<sup>30</sup>.

Por último señalar que los Parlamentos Regionales con competencias legislativas son incorporados al control de la Subsidiariedad a través denominado Sistema de Alerta Temprana —en adelante SAT<sup>31</sup>— ejercido por los parlamentos estatales y también por aquellos parlamentos regionales con competencias legislativas<sup>32</sup>. Los efectos jurídicos de los dictámenes motivados elaborados por los parlamentos nacionales, y también por los parlamentos regionales «cuando proceda», serán diferentes en función de su número y de que su valoración del respeto del principio de subsidiariedad sea contraria o favorable; si bien, en algún caso estos dictámenes pueden obligar al legislador comunitario a desestimar la propuesta legislativa; es decir, las cámaras legislativas pueden tener la capacidad de sacar una verdadera «tarjeta roja» al legislador comunitario<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Artículo 5.3 del TUE: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a *nivel regional y local*, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida a escala local» (la cursiva es nuestra).

<sup>30</sup> Artículo 11.3 del TUE: «Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas». Más explícitamente, en el artículo 2 del Protocolo nº 2 Sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad: «Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta».

<sup>31</sup> El complejo procedimiento lo hemos analizado en profundidad en nuestro trabajo «El Sistema de Alerta Temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento Vasco» en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, nº 99, 2012, pp. 93 y ss. Para una ampliación del tema, *vid.* también la bibliografía allí referenciada.

<sup>32</sup> Artículo 6 del Protocolo nº 2 Sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad «(...) Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas».

<sup>33</sup> SOBRIDO PRIETO, M., «El mecanismo de alerta en el Tratado de Lisboa» en OLESTI RAYO, A. (coord.); *La incidencia del Tratado de Lisboa (...) op. cit.*, p. 37.

#### IV. NUEVO PRESENTE Y NUEVO FUTURO PARA EL COMITÉ DE LAS REGIONES

En un escenario como el descrito es razonable pensar que el CDR deberá abandonar la tentación de desarrollar una vocación generalista y especializarse en un número limitado de ámbitos sectoriales y políticos donde su participación sea tenida en cuenta por la Comisión y el Consejo por aportar valor añadido. El Comité deberá así convertirse en interlocutor privilegiado para algunos ámbitos materiales donde su especialización como órgano territorial le dotará de protagonismo y pueda de esta forma aumentar su capacidad de influencia en el proceso decisorio. De alguna forma ya está ocurriendo eso en lo que se refiere al ámbito de la salvaguardia del principio de subsidiariedad a la que el CDR dedica cada vez más atención, especialización y trabajo.

En cualquier caso, no deja de resultar paradójico que el Comité vaya a encontrar su espacio propio en el entramado comunitario y su legitimación en el proceso de elaboración de la norma comunitaria, como consecuencia de su especialización técnica, cuando en su origen tuvo claras pretensiones de representación política<sup>34</sup> como hemos señalado. Además, no olvidemos que el CDR no es un Comité de expertos, sino un órgano de representación política<sup>35</sup>, aunque en la práctica ésta quede matizada cada vez más en el día a día del organismo por cuanto que la representación técnica acaba imponiéndose a la representación política<sup>36</sup>, además de que cada vez va integrando más redes de expertos territoriales en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>34</sup> RAMON, R., *op. cit.* p. 296.

<sup>35</sup> El artículo 303.3 del Tratado de Funcionamiento lo expresa con claridad cuando afirma que «El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida».

<sup>36</sup> Como hemos afirmado ya anteriormente, los Presidentes autonómicos por ejemplo, apenas acuden y sí lo hacen los miembros suplentes que suelen ser Directores/as, Secretarios/as Generales, etc. según fórmulas variadas de cada administración autonómica o regional. De hecho, como afirma RAMON (*Ibidem*, p. 297) una de las principales críticas que suele hacerse al Comité es que se centra principalmente en cuestiones excesivamente técnicas, referidas a políticas sectoriales como transportes, educación, medio ambiente, cohesión económica y social, etc.; siendo pocas las veces que trabaja sobre temas estrictamente políticos y no técnicos (prácticamente esto solo ocurre cuando se pronuncia sobre temas regionales o sobre política regional).

## 1. EL COMITÉ DE LAS REGIONES COMO GUARDIÁN DE LA SUBSIDIARIEDAD

Es quizá en lo referido al control del principio de subsidiariedad, elemento central de un sistema de gobernanza multinivel como el comunitario<sup>37</sup>, donde se produce la mayor innovación en lo que se refiere a la cuestión regional en el Tratado de Lisboa. Y también esta parece que se está convirtiendo en la nueva y principal responsabilidad del CDR al erigirse en el punto de referencia en lo que a la subsidiariedad se refiere.

El Tratado reconoce al Comité —además de a los Estados, al Parlamento Europeo, al Consejo y la Comisión, así como al Tribunal de Cuentas y al Banco Central Europeo— el derecho a interponer recurso ante el TJUE contra un acto legislativo de la UE por incumplimiento de la subsidiariedad, siendo ésta la mejora más llamativa del Comité con respecto al principio de subsidiaridad. Pero por la propia naturaleza política y no jurídica del principio, el control jurisdiccional de la subsidiariedad *a posteriori* de la elaboración de la norma resulta problemático. Como principio de dimensión política, la valoración del respeto de la subsidiariedad implica un amplio margen de apreciación para las instituciones. El TJUE debe valorar si se respeta el principio en su aspecto procedimental (es decir, si se trata de una competencia no exclusiva pues sólo en ellas es de aplicación, si se ha motivado suficientemente la necesidad de actuar, etc.) y en su contenido material, es decir, si el objetivo pretendido no puede lograrse de manera más eficaz mediante la acción de los Estados y si la acción comunitaria es mejor de la que pudieran llevar a cabo los Estados, debido a su naturaleza o dimensión<sup>38</sup>. Y todo esto tiene un margen de discrecionalidad difícil de apreciar por parte del Tribunal, aunque haya establecido un protocolo de actuación al efecto: en base a él, el Tribunal analiza si el

---

<sup>37</sup> «Le respect du principe du subsidiarité et gouvernance à multi niveaux sont indissociables: l'un a trait aux compétences des différents niveaux du pouvoir, l'autre met l'accent sur leur interaction» en CERVILLA, P. et BALLOT DU FAYET DE LA TOUR, H., «Le Comité des Régions et le Principe du Subsidiarité» en OLESTI RAYO, A. (Coord.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, op. cit. p. 24.

<sup>38</sup> Artículo 5.3 del TUE: «En virtud del principio de subsidiariedad, *en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva*, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida *no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros*, ni a nivel central ni a nivel regional y local sino que puedan *alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida*, a escala de la Unión (...)» (las cursivas son nuestras).

asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden regularse satisfactoriamente mediante la acción de los Estados; si en ausencia de actuación comunitaria se entraría en conflicto con determinados requisitos del Tratado como corregir distorsiones de la competencia, reforzar la cohesión económica y social, evitar restricciones al comercio, etc.; o/y si la acción comunitaria proporciona beneficios debido a su escala, dimensión, masa crítica, etc. en comparación con la actuación estatal, y otros.

Por todo ello, resulta más pertinente el establecimiento de un mecanismo de control político de la subsidiariedad que se sustancie antes de la adopción final de la norma comunitaria, en un momento más temprano del proceso de su elaboración, paralelamente al proceso legislativo o incluso en la fase prelegislativa. Como sabemos, dada la naturaleza del proceso decisorio comunitario, es de gran importancia poder incidir en la Comisión cuando está preparando la propuesta legislativa. Y en este momento, el CDR puede aportar un valor nada desdeñable. Es mejor actuar en este momento y evitar el recurso *ex post* ante el TJUE que sería la actuación final de un proceso que incluye el conjunto del proceso decisorio<sup>39</sup>. De hecho, hasta ahora el principio de subsidiariedad se ha invocado muy pocas veces ante el Tribunal comunitario; y hasta el momento de escribir este trabajo, nunca el TJUE ha anulado un acto por violación del principio de subsidiaridad, aunque sí se haya hecho por violación del principio de atribución de competencias y del principio de proporcionalidad<sup>40</sup>.

Así, el Comité está desarrollando un cúmulo de actuaciones y estrategias de cooperación y diálogo con la Comisión, principalmente<sup>41</sup>, y con otras instituciones comunitarias<sup>42</sup>, a fin de lograr que la legislación que emane de ellas

<sup>39</sup> Como afirma el propio CDR, «Cualquier posible acción ante el Tribunal de Justicia debe entenderse como último recurso y el paso final de un proceso que incluye todo el procedimiento decisorio. Alcanzar la fase judicial vendría a ser como reconocer el fracaso del proceso legislativo», en COMITÉ DE LAS REGIONES, *Informe Anual sobre la Subsidiariedad*, 2012, pg. 3 (<http://extranet.cor.europa.eu/subsidiarity>).

<sup>40</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, M.C., «El principio de subsidiariedad en la Unión Europea: cuestiones generales» en NAVARRO MÉNDEZ, J.I. (Dtor.), *Parlamentos Regionales Europeos y Principio de Subsidiariedad*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pg. 60.

<sup>41</sup> Vid. Protocolo de Cooperación entre la Comisión Europea y el Comité de las Regiones, firmado el 16 de febrero de 2012, *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº C 102, del 5.4.2012.

<sup>42</sup> Vid. el Acuerdo de Cooperación firmado por el Comité de las Regiones con el Parlamento Europeo el 5 de febrero de 2014 para favorecer entre ambos una cooperación conducente a garantizar el respeto del Principio de Subsidiariedad, *Cooperation Agreement between the European Parliament and the Committee of the Regions, signe don 5 february 2014* (CoR 2013-07657-17-00NB-TRA).

respete la subsidiariedad. Para ello hace un seguimiento de la misma desde la fase más temprana de elaboración de la norma comunitaria y a lo largo de todo el proceso. El CDR, como las Regiones mismas, está desarrollando estrategias para participar también en la fase de «amplias consultas» que establece la Comisión en el momento de elaborar su propuesta legislativa<sup>43</sup>. La apelación al Tribunal sería el último instrumento a utilizar solo si todos los demás hubieran resultado infructuosos.

El propio Comité en sus Prioridades Políticas 2012-2015 con que da inicio a la segunda parte del 5º Mandato 2010-2015 establece que el organismo «seguirá desempeñando un papel fundamental para fomentar la subsidiariedad, una legislación mejor y la gobernanza multinivel. El control de la subsidiariedad de la legislación europea cobrará mayor importancia dada la reciente tendencia a la concentración en el ámbito político. Para ser eficaz, la legislación europea debe diseñarse teniendo en cuenta su impacto territorial, lo cual es un requisito fundamental para legislar mejor».

## 2. NUEVA ESTRATEGIA DEL COMITÉ DE LAS REGIONES PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LA SUBSIDIARIEDAD

El CDR siempre había tenido al principio de subsidiariedad como uno de sus ámbitos de trabajo fundamentales; pero ahora como señalábamos anteriormente, está especializándose en esta cuestión. A ello responde por ejemplo la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad —en adelante RSS— creada en el 2007 y que, cada vez más reforzada, integra ya aproximadamente 150 representantes de entes locales y regionales, y cuyo objetivo es convertirse en un punto de acceso para que los poderes territoriales obtengan información, hagan oír su voz y den a conocer su opinión sobre las políticas y las propuestas legislativas de la UE. La RSS apoya las actividades de subsidiariedad del CDR a fin de proporcionar ponentes que sean capaces de hacer aportaciones de calidad desde un punto de vista de la subsidiariedad, de modo que la evaluación de la misma puede incluirse en sus dictámenes<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Artículo 11.3 del TUE: «Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas».

<sup>44</sup> Las consultas de los socios de la RSS son la principal herramienta de actuación en el momento de la preparación de un proyecto de dictamen por parte de un ponente del CDR. La RSS opera principalmente a través de su página web. *Vid.* la página web de

En esta dinámica de especialización del Comité en materia de subsidiariedad hay que señalar el salto cualitativo que experimenta con la Estrategia para el seguimiento de la Subsidiariedad aprobada en mayo del 2012<sup>45</sup>. Esta nueva Estrategia tiene como objetivo verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad y convertir al CDR en el punto de referencia central en esta materia dentro de la UE, con capacidad para facilitar un análisis de calidad sobre la misma, principalmente en sus dictámenes, y realizando aportaciones al debate sobre esta cuestión. De acuerdo con la Estrategia, con este nuevo planteamiento se pretende reforzar la estructura de gobernanza del seguimiento de la subsidiariedad del CDR; establecer un planteamiento integral para hacer un seguimiento de la subsidiariedad a lo largo de todo el proceso decisorio de la UE; implicar a las instituciones pertinentes de la UE y nacionales en estas actividades; y consolidar la disponibilidad del CDR en lo que respecta a cualquier recurso ante el TJUE. La Estrategia establece claramente que las actividades de seguimiento de la subsidiariedad del CDR comienzan en la fase prelegislativa.

Esta Estrategia crea el Grupo Director de la Subsidiariedad que se erigirá en responsable de la gobernanza política del seguimiento de la subsidiariedad por parte del CDR. Este Grupo Director, integrado por cuatro miembros (uno por cada Grupo Político: PPE, PSE, ALDE y AE) decide anualmente las prioridades en materia de subsidiariedad y formula propuestas sobre la utilización más adecuada de las herramientas y procedimientos existentes a fin de apoyar el trabajo de los ponentes del CDR. En definitiva, el Grupo Director garantiza la correcta coordinación de las actividades de seguimiento de la subsidiariedad<sup>46</sup>.

Otro pilar de la Estrategia es el Grupo de Expertos Locales y Regionales en materia de subsidiariedad (integrado por funcionarios de administraciones territoriales seleccionados por su experiencia y conocimientos en el ámbito del derecho comunitario y la subsidiariedad), de naturaleza técnica y a disposición de los ponentes del CDR si así lo requieren. Este grupo técnico también selecciona aquellas iniciativas del Programa de Trabajo anual de la Comisión susceptibles de ser analizadas por presentar interés político para los

---

la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad: <http://extranet.cor.europa.eu/subsidiarity/pages/default.aspx>.

<sup>45</sup> Seguimiento de la subsidiariedad: una estrategia revisada para el Comité de las Regiones, R/CDR 606/2012.

<sup>46</sup> El Grupo Director de la Subsidiariedad viene trabajando ya desde septiembre de 2012 en que se creó. Se reunió por vez primera el 30 de noviembre de 2012.

entes territoriales, por afectar a sus competencias, o tener alguna dimensión en cuanto a la subsidiariedad. El Grupo hace un seguimiento de todas estas iniciativas legislativas<sup>47</sup>.

Los Dictámenes del CDR contienen cada vez en mayor medida una evaluación más sistemática del cumplimiento del principio de subsidiariedad y sugieren medidas para mejorar la legislación comunitaria en este sentido<sup>48</sup>. Este hecho queda recogido también en su Reglamento interno<sup>49</sup>. Igualmente señalamos que en el pasado 2013 se adoptó el primer programa de trabajo sobre la subsidiariedad<sup>50</sup> que incluía cinco iniciativas seleccionadas del Programa de Trabajo anual de la Comisión para su análisis en clave de cumplimiento de la subsidiariedad; estas fueron: revisión de la política y la legislación de la UE sobre residuos; el paquete portuario; movilidad urbana;

---

<sup>47</sup> Integrado por 16 expertos locales y regionales, el Grupo se reunió por primera vez el 25 de octubre de 2012.

<sup>48</sup> A título de ejemplo y por referirnos a los dos últimos ejercicios concluidos: en el año 2012 el CDR aprobó 71 dictámenes; de ellos 49 (es decir, el 70%) incluía una referencia explícita a la aplicación del Principio de Subsidiariedad; y el 43% establecía una posición clara sobre si la iniciativa cumplía con el Principio; la mitad de los Dictámenes en los que no aparecía ninguna referencia a la subsidiariedad (22), fueron aprobados bien como iniciativas no legislativas (Comunicaciones, Libros Verdes o Informes), o por propia iniciativa, por lo que no se referían por consiguiente a un tipo específico de documento final (*Vid.* CDR, *Informe Anual sobre la Subsidiariedad 2013*, *op. cit.* p. 10). En lo que se refiere al año 2013 el CDR adoptó un total de 72 Dictámenes; de ellos 52 (es decir, el 72%) incluían una referencia explícita a la aplicación del Principio de Subsidiariedad, y 22 (36%) exponían una clara posición de conformidad de la iniciativa con el Principio; por su parte, de las 20 opiniones que no incluían referencias a la Subsidiariedad, 19 fueron adoptadas como consecuencia de iniciativas no legislativas (Comunicaciones, Libros Verdes o Informes) o a iniciativa del propio Comité, por lo que no procedía tal referencia. *Vid.* Apartado 4 «Subsidiarity in CoR Opinions» en *Subsidiarity Annual Report 2013* ([http://extranet.cor.europa.eu/Subsidiarity/news/Documents/Subsidiarity\\_Annual\\_Report\\_2013.pdf](http://extranet.cor.europa.eu/Subsidiarity/news/Documents/Subsidiarity_Annual_Report_2013.pdf)).

<sup>49</sup> Artículo 55.2 del Reglamento Interno del CDR (DOUE, nº L 65 del 5.3.2014): «Los dictámenes del Comité sobre propuestas de actos legislativos en ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Unión, se pronunciarán sobre el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por parte de la propuesta. Los demás dictámenes del Comité podrán referirse, en caso necesario, a la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad siempre que sea procedente» (las cursivas son nuestras). Esta exigencia de que los dictámenes del CDR hagan referencia expresa a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, como una nueva responsabilidad del Comité, fue incluida por vez primera en la reforma de su Reglamento Interno del 2010, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>50</sup> CDR 2336/2002, aprobado por la Mesa del CDR el 30 de enero de 2013.

facturación electrónica en la contratación pública; marco de evaluación medioambiental, climática y energética para permitir una extracción segura y protegida de hidrocarburos no convencionales. Estas iniciativas que fueron supervisadas por el Grupo de Expertos sobre la Subsidiariedad fueron seleccionadas de acuerdo a un triple criterio: presentan o no un claro interés político para los entes territoriales; afectan o no a competencias de los poderes locales y regionales; son o no son iniciativas que poseen una potencial dimensión sobre la subsidiariedad. Este primer programa de trabajo sobre la subsidiariedad del CDR evidencia su disposición y voluntad a supervisar las iniciativas legislativas de la UE en sus primeras fases.

Señalamos también como una actividad del CDR en este ámbito las sucesivas Conferencias sobre la Subsidiariedad; tras la que tuvo lugar en Bilbao el 21 de marzo de 2011, el 18 de diciembre de 2013 se celebró en Berlín la Sexta Conferencia (y última llevada a cabo hasta la fecha)<sup>51</sup> organizada conjuntamente con el Bundesrat alemán. En estas conferencias se evalúa la repercusión del Principio de Subsidiariedad en la elaboración de la legislación comunitaria, poniendo en valor diferentes mecanismos y buenas prácticas utilizados al efecto por los diferentes actores; en las mismas participan tanto representantes de los gobiernos y parlamentos regionales y nacionales, como de las instituciones comunitarias<sup>52</sup>.

### 3. HACIA LA REDEFINICIÓN DEL PAPEL POLÍTICO E INSTITUCIONAL DEL COMITÉ DE LAS REGIONES

Algunas de las reflexiones que hemos hecho en estas páginas acerca de las limitaciones del CDR, son asumidas por el propio organismo en la reflexión llevada a cabo con motivo del vigésimo aniversario de su establecimiento<sup>53</sup>. A modo de planteamiento prospectivo, el Comité diseña una hoja de ruta articulada en torno a tres objetivos estratégicos:

---

<sup>51</sup> Las anteriores fueron la de Berlín de 2004, Londres en 2005, París en 2008 y Milán en año 2009.

<sup>52</sup> Para más información sobre las dos últimas Conferencias, de Bilbao y Berlín, consultar el sitio web del CDR así como el apartado 5 «6th. Subsidiarity Conference» del *Subsidiarity Annual Report 2013*, citado anteriormente.

<sup>53</sup> Vid. la Resolución V 014 del CDR «20º Aniversario del Comité de las Regiones. Brindar una mayor autonomía a los entes regionales y locales en la Unión Europea», aprobada en el 107º Pleno, 25 y 26 de junio de 2014.

1. reforzar la adhesión y la confianza de los ciudadanos europeos con respecto a la UE;
2. proseguir la integración europea sobre la base de un método comunitario renovado que tenga plenamente en cuenta las responsabilidades compartidas de los diferentes niveles de gobernanza;
3. consolidar la representación institucional de los entes territoriales en el proceso decisorio.

Dado que el Comité se ha reivindicado como exponente de la proximidad de Europa a los ciudadanos y de la profundización en la legitimidad democrática, apuesta por reforzar su estatus como Asamblea política, «valorizando en el marco europeo pero también nacional, regional y local, el ejercicio del mandato europeo, local y regional de sus miembros»<sup>54</sup>. En el mismo sentido, «el Comité se compromete a reforzar sus actividades políticas», y aumentar la visibilidad e impacto político de sus dictámenes y tomas de posición<sup>55</sup>.

Con respecto a su función de garante del principio de subsidiariedad, el Comité se propone «aumentar su participación a lo largo de todo el ciclo legislativo»; y para ello, reforzará su cooperación con el Parlamento Europeo, y con los nacionales, singularmente con las segundas cámaras que representan la dimensión territorial estatal, así como con los parlamentos regionales, y «apoyará el procedimiento de alerta precoz de las autoridades regionales». En sentido semejante, el Comité celebra los avances que están permitiendo «su participación en las primeras fases de la elaboración de la legislación»<sup>56</sup>.

Hay que señalar también la apuesta que realiza el CDR por acentuar su dimensión de «formulador de políticas» (*policy shaper*) en el marco de las posibilidades que se derivan del Tratado de Lisboa. Así, el Comité, tras valorar muy positivamente el aumento de su consulta por parte del Parlamento Europeo así como de su cooperación con la Comisión en la fase de consulta prelegislativa, solicita que, de conformidad con el principio de cooperación leal, esta consulta comprometa a las instituciones que le consultan a respetar sus competencias institucionales y no les exima de su «deber de exponer las razones por las que se han seguido o no sus principales recomendaciones»<sup>57</sup>. El Comité aboga por reforzar la cooperación con el Parlamento Europeo el Consejo y la Comisión reivindicando además la adquisición de «un estatus de observador en las negociaciones a tres bandas en sus ámbitos de consulta

<sup>54</sup> Párrafo 1.4 de la Resolución de 25 y 26 de junio de 2014.

<sup>55</sup> Párrafo 1.5 *ibidem*.

<sup>56</sup> Párrafos 2.11, 2.12 y 2.13 *ibidem*.

<sup>57</sup> Párrafo 3.4 *ibidem*

obligatoria»<sup>58</sup>; con todo ello, espera acentuar su impacto en las propuestas legislativas y «aumentar la intervención de sus ponentes a lo largo del proceso legislativo a fin de apoyar el seguimiento de sus propuestas de modificación de los textos legislativos sobre los que se pronuncian». El Comité se propone organizar sesiones interparlamentarias en las que sus miembros, eurodiputados y parlamentarios regionales, debatan sobre el impacto de la legislación europea<sup>59</sup>.

Aunque la relación con la Comisión haya sido quizá la más fructífera de cuantas ha desarrollado en el diálogo interinstitucional (sobre todo en lo referido a la fase de consulta prelegislativa), el CDR reitera su voluntad de realizar de manera sistemática preguntas orales y escritas al ejecutivo comunitario respecto a sus recomendaciones políticas mediante cuestiones de actualidad; por otra parte, el Comité hace votos por participar en la programación plurianual y anual de la UE para contribuir a determinar las opciones estratégicas y políticas de Europa; además, solicita poder participar en el proceso de designación del Comisario responsable de la política regional desde el próximo mandato 2014-2019<sup>60</sup>.

Por último, y en la hipótesis de una futura reforma de los Tratados, el Comité solicita obtener el estatus de institución; además, aspira también a la ampliación de sus prerrogativas en el procedimiento legislativo a fin de permitirle activar el procedimiento de dictamen conforme respecto de las propuestas legislativas en materia de cohesión económica, social y territorial<sup>61</sup>. Propone finalmente que se añada el término «Europeo» a su denominación actual, de modo que su nombre completo pase a ser Comité de las Regiones Europeo; y que la Convención que se convoque para la revisión de los Tratados, incluya a representantes del CDR, «a fin de garantizar la máxima legitimidad democrática posible». Algo que no parece discutible, por cuanto que ya hubo representantes del Comité en la Convención que elaboró el fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* de 2004. En definitiva, tras veinte años de ejercicio y con la experiencia acumulada de su actividad en estas dos décadas, el Comité demanda la obtención de un papel político e institucional reforzado en el marco de la próxima reforma de los Tratados.

---

<sup>58</sup> Párrafo 3.7 *ibidem*.

<sup>59</sup> Párrafos 3.6 y 3.8 *ibidem*.

<sup>60</sup> Párrafos 3.12 y 3.13 *ibidem*.

<sup>61</sup> Párrafo 3.16 *ibidem*.

## V. CONCLUSIONES

De las páginas anteriores se deriva que la integración europea proporciona un marco de participación regional que, aunque de manera difusa, integra a las autoridades regionales en la toma de decisiones comunitarias, contribuye a la reafirmación de las identidades regionales y les posibilita una nueva arena simbólica de participación política.

El CDR es el más simbólico instrumento de representación y participación regional en el ámbito comunitario; sin embargo, la realidad de estas dos décadas que han transcurrido desde su creación, han atemperado las altas expectativas que originó su inclusión en el Tratado de Maastricht. Deficiencias técnicas, heterogeneidad disfuncional de su composición, estatalización excesiva del organismo en diferentes aspectos, y primacía de la representación local, son algunas de las explicaciones de que el CDR haya perdido *glamour* político, por lo menos para aquellas Regiones con más capacidad y vocación política. Así las cosas, el CDR tiene que encontrar un nuevo sentido adquiriendo un papel y una dimensión más tecnocrática, cual es el control del principio de subsidiariedad.

Por todo ello concluimos que, quizá, el seguimiento del cumplimiento del principio de subsidiariedad y su control político *ex ante* sea la nueva razón de ser que, tras veinte años de existencia bastante lánguida, proporcione al Comité de las Regiones un nuevo lugar en el mundo comunitario y un protagonismo en su entramado decisional del que hasta ahora había carecido.

### EL COMITÉ DE LAS REGIONES EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO: HACIA UNA REDEFINICIÓN DE SU PAPEL POLÍTICO E INSTITUCIONAL EN BUSCA DE SU LUGAR EN EL MUNDO COMUNITARIO

RESUMEN: El objetivo de este artículo es valorar el significado del Comité de las Regiones en el entramado decisional comunitario cuando se cumplen veinte años desde su creación. Tras las altas expectativas iniciales que le asignaban un papel de tercera cámara comunitaria o Senado regional, el Comité se está convirtiendo en un instrumento de control político para el correcto ejercicio del principio de subsidiariedad. Y esta puede ser, precisamente, la función que acabe convirtiéndole en un organismo funcional y protagonista en el proceso de elaboración de la norma comunitaria.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; Comité de las Regiones; principio de subsidiariedad; gobernanza multinivel.

20 YEARS OF THE COMMITTEE OF THE REGIONS:  
TOWARDS A REDEFINITION OF ITS POLITICAL AND INSTITUTIONAL  
ROLE WITHIN THE EUROPEAN UNION

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to assess the importance of the Committee of the Regions in the European Union decision-making structures 20 years after its creation. After the high initial expectations that envisioned the Committee as a third legislative chamber or a Regional State, the Committee is in the process of becoming an instrument for the political control of the correct application of the subsidiarity principle. And this might be, precisely, the function that will ultimately make it an important player in the European Union decision-making process.

**KEY WORDS:** European Union; Committee of the Regions; Subsidiarity Principle; Multi Level Governance.

LE COMITE DES REGIONES POUR SON VINGTIEME ANNIVERSAIRE: VERS  
UNE REDEFINITION DE SON ROLE POLITIQUE ET INSTITUTIONNELLE DANS  
LA RECHERCHE D'UNE PLACE DANS LE MILIEU COMMUNAUTAIRE

**RÉSUMÉ:** Cet article a comme but une réflexion sur le sens du Comité des Régions dans l'organisation institutionnelle de l'Union Européen vingt ans après sa création. Même si au début on s'attendait avec expectation une sorte de troisième chambre législative ou un Senat régional, le Comité est en train de devenir un acteur major de contrôle politique sur la correcte application du Principe de Subsidiarité. En ce sens, l'exercice de cette fonction peut transformer le Comité des Régions dans un organisme fonctionnel avec un rôle principal dans le processus décisionnel de l'Union Européenne.

**MOTS CLÉS:** Union Européen; Comité des Régions; Principe de Subsidiarité; Gouvernance à multi niveaux.



# EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS EN LA UE A LA LUZ DE LA SENTENCIA DIGITAL RIGHTS IRELAND

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL\*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES
- III. LA DIRECTIVA RETENCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES
  - 1. LOS TRIBUNALES NACIONALES FRENTE A LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS
  - 2. LA DECISIÓN DEL TJUE EN EL ASUNTO DIGITAL RIGHTS IRELAND
- IV. EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS
- V. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar la protección de los derechos por el TJUE, tomando como eje central su inevitable dependencia de los Tribunales nacionales y, en cierta medida, del TEDH. La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, de Retención de Datos supone un marco inigualable para este análisis, ya que fue cuestio-

---

\* Profesora Agregada. Universitat Pompeu Fabra. El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto MICINN DER2011-29207-C02-01. Gracias a Giuseppe Martini-co por sus comentarios a este trabajo que, sin duda, han ayudado a mejorarlo, así como a los dos revisores anónimos.

nada por diferentes tribunales y sus respuestas han dependido del rol que cada uno se confirió a sí mismo y al TJUE.

Con este objetivo, en primer lugar, se expondrá brevemente la polémica que rodeó a la Directiva de Retención de Datos desde su aprobación. En segundo lugar, se abordarán los conflictos de derechos fundamentales que derivaron de dicha Directiva. De hecho, la problemática generada por la norma provino en gran medida de las peculiaridades de los derechos principalmente afectados. En tercer lugar, se analizará la respuesta que los Tribunales Constitucionales y Supremos, de una parte, y el TJUE, de la otra, dieron a la injerencia en los derechos que conllevaban las leyes de transposición y la Directiva respectivamente. En último lugar, se estudiará el sistema de defensa de los derechos desde la perspectiva de la cooperación judicial a la luz de las últimas evoluciones legales y jurisprudenciales.

## II. ANTECEDENTES

La Directiva de Retención de Datos ha sido quizás la norma más polémica de la UE. Dicha directiva fue aprobada tras los atentados de Madrid y Londres, y preveía la conservación de datos personales para que estuvieran «*disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves [...] como el terrorismo y la delincuencia organizada*»<sup>1</sup>. Con dicho objetivo, la directiva fijaba la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar, durante un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, datos relativos a las comunicaciones. Estos datos debían permitir identificar en las comunicaciones telefónicas y electrónicas el usuario del servicio, el destinatario de la comunicación, así como otras circunstancias básicas de la comunicación.

Los datos afectados, entre otros, eran los números de teléfono o de IP del aparato emisor y receptor, nombre y dirección de los usuarios, fecha, hora de comienzo y de finalización de la llamada, datos que identificasen geográficamente el equipo emisor, tanto en los aparatos fijos como móviles, así como el tipo de comunicación (teléfono, fijo o móvil, o servicio de Internet empleado). De manera que se excluía expresamente el contenido de la comunicación pero se incluían prácticamente todas las circunstancias que la habían rodeado.

---

<sup>1</sup> Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, de Retención de Datos (DO L 105, de 13 de abril de 2006), considerando 21.

En un primer momento se propuso la aprobación de una decisión marco, a iniciativa de Reino Unido, Suecia, Irlanda y Francia<sup>2</sup>, pero un año después la Comisión presentó una propuesta de directiva. Desde la perspectiva de los derechos, su aprobación como directiva permitió participar al Parlamento Europeo, y ampliar la capacidad de control del Tribunal de Luxemburgo y de los organismos consultivos en materia de protección de datos<sup>3</sup>. De hecho, el Parlamento Europeo exigió un reforzamiento de los derechos<sup>4</sup>. Asimismo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos Personales y el Grupo del artículo 29 fueron muy activos<sup>5</sup> y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció en dos ocasiones sobre la directiva, anulando en la segunda la norma<sup>6</sup>.

La controversia generada por la Directiva de Retención Datos se reflejó en su transposición. Algunos Estados Miembros se resistieron a aprobar la norma de transposición por la fuerte oposición interna<sup>7</sup>, mientras que en otros

---

<sup>2</sup> Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences including terrorism. Council Doc 8958/04 (28.Abril.2004).

<sup>3</sup> Sobre el proceso de aprobación de la Directiva véase, BIRNAMI, F., «Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive», *Chicago Journal of International Law*, 8, 2007, pp. 241 y ss.

<sup>4</sup> El Parlamento Europeo aprobó la Directiva de Retención de Datos bajo la condición de que se aprobara una Decisión Marco sobre la protección de datos personales respecto de la cooperación policial y judicial, HERT, P./ PAPANIKOLAOU, V., «The data protection framework decision of 27 November 2008 regarding police and judicial cooperation in criminal matters», *Computer Law & Security Review*, 25, 2009, p. 406.

<sup>5</sup> Véanse las opiniones 4/2005 (WP 113) y 3/2006 (WP 119), del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la retención de los datos (2005/C 298/01).

<sup>6</sup> Sentencia de 10 de febrero de 2009, Irlanda/Parlamento y Consejo, C-301/06, Rec. p. I-00593, apartado 80 y Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, asuntos acumulados C-293/12 y 594/12, aún no publicada, apartados 49 y 40.

<sup>7</sup> De hecho la Comisión inició varios recursos de incumplimiento. Sentencias de 26 de noviembre de 2009, Comisión/Grecia, C-211/09, Rec., p. I-0024; de 29 de Julio de 2010, Comisión / Austria, C-189/09, Rec I-00099; de 26 de Noviembre de 2009, Comisión / Irlanda, C-202/09, Rec I-00203; de 4 de Febrero de 2010, Comisión / Suecia, C-185/09, Rec I-00014. Incluso, dado que Suecia seguía sin transponer la norma, fue condenada a pagar tres millones de euros. Sentencia de 30 de mayo de 2013, Comisión / Suecia, C-270/11 (no publicada aún).

Estados Miembros el conflicto llegó a los tribunales nacionales<sup>8</sup>. En términos generales, los aspectos más controvertidos eran si la retención indiscriminada de datos relativos a las comunicaciones no suponía una violación, cuando menos, del derecho a la vida privada y a la protección de datos personales, y, de no serlo, qué requisitos debía cumplir la norma para que dicha retención no vulnerase dichos derechos.

A pesar de que los casos eran indudablemente similares, la respuesta de los tribunales nacionales fue diferente. El Tribunal Constitucional rumano declaró de manera implícita pero indubitada que la directiva no respetaba los derechos fundamentales, los Tribunales Constitucionales de la República Checa y de la República Federal Alemana, y los Tribunales Supremos de Chipre y Bulgaria<sup>9</sup> declararon nulas algunas o todas las disposiciones de las normas de transposición. Por último, el Tribunal Constitucional austríaco y la Corte Suprema irlandesa elevaron una cuestión prejudicial.

Las diferencias entre las respuestas judiciales no se debieron tanto a las garantías de los derechos en cada sistema constitucional o a las singularidades de las leyes de transposición, sino a la posición que cada tribunal nacional adoptó respecto de la norma de la UE. En definitiva, la distinta percepción del rol que cada tribunal debe jugar en la UE implicó que siguieran caminos sustancialmente diferentes.

### III. LA DIRECTIVA RETENCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES

La diferencia entre el derecho a la vida privada y la protección de datos

---

<sup>8</sup> En otros Estados la Directiva de Retención de Datos pasó bastante desapercibida. Así, en España la Asociación de Internautas pidió al Defensor del Pueblo que planteara un recurso de inconstitucionalidad, petición que este rechazó. Más allá de este hecho puntual apenas hubo discusión sobre la norma de transposición (Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones). Un comentario crítico a la ley española en CUBERO MARCOS, J. I. y ABERASTURI GORRIÑO, U., «Reflexiones en torno a la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas», *RVAP*, núm. 18, 2007, pp. 97 y ss.

<sup>9</sup> También se plantearon recursos ante los Tribunales Constitucionales de Hungría y Eslovaquia, sin embargo en el primer caso la reforma constitucional hizo caer el recurso y en el segundo el Tribunal de Justicia se pronunció antes de que lo hiciera el Tribunal Constitucional.

personales ha sido compleja, ya que el derecho de protección de datos surgió como derivado del derecho a la intimidad en la jurisprudencia hasta convertirse en derecho autónomo<sup>10</sup>. En todo caso, los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconocen ambos derechos de manera diferenciada.

La Directiva de Retención de Datos supuso un ejemplo paradigmático de concurrencia y parcial solapamiento de ambos derechos. Así, la norma hacía expresa referencia a la normativa europea de protección de los datos personales, sin embargo los datos a que afectaba eran «*más que personales*» al referirse «*esencialmente a la vida privada, al secreto de la vida privada, incluida la intimidad*»<sup>11</sup>. En definitiva, los datos relativos a las circunstancias que rodean una comunicación forman parte del derecho a la vida privada, ya que permiten conocer cuestiones personales<sup>12</sup>.

De este modo, el almacenamiento de estos datos era una injerencia en el derecho a la vida privada. Además, la norma afectaba el derecho a la protección de datos personales, porque los datos almacenados debían ser objeto de tratamiento. Por tanto, debía tenerse en cuenta que la norma impactaba directamente en el derecho a la vida privada y se debían respetar los requisitos relativos a la calidad de los datos personales<sup>13</sup>. Sin embargo, la directiva no

---

<sup>10</sup> Sobre la evolución del derecho a la protección de datos en diversos países europeos. ARENAS RAMIRO, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 381 y ss. En cuanto a su tratamiento por el TEDH y el TJUE, KOKOTT, J./SOBOTA, CH., «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 4, pp. 222 y ss. Esta evolución también se refleja en la diferente terminología que usan los sistemas constitucionales. Ahora bien, para simplificar el análisis, comentaré las sentencias relativas a la Retención de Datos empleando los términos derecho a la vida privada y protección de datos personales en el mismo sentido que el TJUE.

<sup>11</sup> Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, de 12 de diciembre de 2013, Digital Rights Ireland, C 293/12, punto 65.

<sup>12</sup> STEDH, *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, par. 84.

<sup>13</sup> Los datos deben ser recogidos de manera legal y lícita, con un fin determinado, explícito y legítimo. Además, los datos deben ser exactos, siendo actualizados cuando sea pertinente, así como adecuados y no excesivos con relación al fin preestablecido, debiendo almacenarse únicamente durante el tiempo estrictamente necesario para alcanzar dicho fin. Art. 6 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, de 24 de octubre de 1995).

incluía garantías ni del derecho a la vida privada, ni del derecho a la protección de datos personales.

La ausencia de garantías en la Directiva de Retención de Datos fue avallada implícitamente por el propio TJUE en la sentencia Irlanda contra Comisión y Parlamento, que traía causa de un recurso de nulidad que cuestionaba la base jurídica sobre la que se fundamentaba la Directiva.

A juicio de Irlanda el objetivo predominante de la norma no era armonizar el mercado, sino facilitar la investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales. Por tanto, consideraba que la base jurídica no podía ser el artículo 95 TCE sino los artículos 30, 31 y 34 del TUE. Sin embargo, el TJUE estimó que los preceptos de la Directiva se limitaban *«a las actividades de los prestadores de servicios y no regulan el acceso a los datos ni la explotación por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembros»*<sup>14</sup>.

De esta manera separó el almacenamiento de los datos, como actividad a llevar a cabo por operadores privados, del acceso a los mismos por parte de las autoridades policiales. Como la Directiva regulaba el primero de dichos elementos y la disparidad de regulaciones podía menoscabar el mercado interno, el Art. 95 TCE era la base jurídica apropiada para aprobarla.

Esta interpretación del TJUE no solo significaba una interpretación expansiva del artículo 95 TCE<sup>15</sup>, sino que tenía consecuencias para los derechos fundamentales. En definitiva, avalaba que el almacenamiento de datos relativos a las comunicaciones era una actividad comercial, siendo tan solo el acceso una acción posiblemente represiva de los derechos<sup>16</sup>. En puridad el TJUE no decidió sobre los derechos<sup>17</sup> pero condicionó las normas nacionales, ya que desplazó las garantías de los derechos sobre las normas de transposición.

Posiblemente, como reconoció implícitamente el Abogado General, el problema era la compleja estructura de pilares del Derecho de la Unión en aquel

---

<sup>14</sup> Sentencia, de 10 de Febrero de 2009, Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-301/06, Rec. p. I-00593, apartado 80.

<sup>15</sup> Sobre dicha sentencia, desde la perspectiva de las competencias de la UE, HERLIN-KARNELL, E., «Ireland v. Parliament and Council, Comment», *CMLRev*, vol 46 (5), 2009, pp. 1673 y ss.

<sup>16</sup> Apartados 82 y 83 de la sentencia.

<sup>17</sup> Como el propio TJUE afirmó, *«el recurso interpuesto por Irlanda se refiere únicamente a la elección de la base jurídica y no a una posible violación de los derechos fundamentales resultante de las injerencias que implica la Directiva 2006/24 en el derecho al respeto de la vida privada»*. Afirmación que podría interpretarse como un llamamiento del Tribunal de Luxemburgo a que el caso volviera a plantearse pero desde la perspectiva de los derechos. Apartado 57 de la sentencia

momento<sup>18</sup>. La aprobación como directiva otorgaba más garantías a los derechos que su tramitación como decisión marco, como pedía Irlanda, y este hecho pudo condicionar la decisión. Sin embargo, en el largo plazo, negar que el objetivo de la norma era la cooperación judicial y policial dificultó la garantía de los derechos

No cabe desligar el almacenamiento de datos de la finalidad específica que cumple, finalidad que debe estar clara en la norma<sup>19</sup>. Al considerar que el almacenamiento se justificaba por la armonización del mercado interior y el acceso por las potestades policiales, el TJUE desgajaba del derecho una de sus garantías principales. La idea que latía detrás era que las leyes de transposición podrían suplir esta carencia. Sin embargo, es difícil compartir esta percepción.

En primer lugar, la obligación de almacenar los datos, configurada de manera exhaustiva en la Directiva, suponía una injerencia en el derecho a la vida privada. En segundo lugar, la Directiva establecía que la finalidad de la norma era investigar delitos graves que serían definidos en la norma nacional. No solo la fijación de dicho objetivo imponía elevar las cautelas<sup>20</sup>, sino que distaba de ser una finalidad concreta<sup>21</sup>. En tercer lugar, la Directiva tenía

---

<sup>18</sup> Conclusiones del Abogado General Yves Bot, de 14 de octubre de 2008, Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C 301/06, punto 108.

<sup>19</sup> Al respecto basta recordar la sentencia sobre la ley del censo del Tribunal Constitucional alemán, auténtico *leading case* para la protección de datos en Europa. En dicha sentencia se ponía de relieve cómo las oportunidades de tratamiento de la información que ofrece la informática han ampliado el alcance de los datos personales. Ya no se protege sólo el dato aislado, sino también la puesta en común de datos aparentemente inocuos, los cuales deben ser almacenados con un fin predeterminado por el legislador y conocido por el individuo. El particular debe saber quién, cuándo, cuáles y con qué propósito dispone de sus datos. La información del ciudadano debe ser la regla y la determinación del fin con el que se almacenan es indispensable. Almacenar datos que no sean anónimos con fines indeterminados o por determinar es absolutamente incompatible con el reconocimiento de este derecho BVerfGE 65, 1( 42- 46)

<sup>20</sup> Recogidas en la Recomendación No. R (87) 17 reguladora del uso de datos personales en el ámbito policial, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de Septiembre de 1987.

<sup>21</sup> La propia Comisión reconocía la ambigüedad del término e, incluso, abogó por recoger la misma lista de delitos que la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea. Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC). COM (2011) 225 final p. 41. No obstante, es difícil compartir su propuesta ya que uno de los puntos débiles de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea es precisamente la indefinición que caracteriza al listado de delitos que contiene.

un enorme alcance ya que obligaba a almacenar datos personales del conjunto de la ciudadanía durante un mínimo de seis meses. No es de extrañar que los tribunales, tanto los nacionales como el TJUE, cuestionaran el alcance, la ambigüedad y la proporcionalidad de las medidas.

### 1. LOS TRIBUNALES NACIONALES FRENTE A LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS

Las leyes de transposición no solo recogieron el almacenamiento generalizado e indiscriminado de los datos, y el acceso a los mismos para investigar y perseguir la comisión de delitos graves, sino que ampliaron el alcance de la retención. Tampoco previeron en general garantías. Así, cuatro Estados Miembros fijaron el acceso a los datos para perseguir los delitos graves sin definir esta categoría, en otros ocho Estados Miembros se amplió el acceso a conductas que no constitúan delitos graves. Solo quince Estados exigieron que se cumpliera con los principios de calidad de los datos personales y, solo en once el acceso exigía autorización judicial individualizada<sup>22</sup>.

Ahora bien, cuando los Tribunales Constitucionales de Rumania, de la República Federal Alemana y de la República Checa tuvieron que juzgar la constitucionalidad de las leyes nacionales, partieron de la injerencia que la Directiva de Retención de Datos provocaba en los derechos. En otros términos, el punto de partida era el impacto sobre los derechos fundamentales del almacenamiento de datos previsto en la norma europea. Este impacto fue determinante para declarar las leyes nacionales inconstitucionales, incluso más que las medidas decididas unilateralmente por los legisladores estatales.

De acuerdo con la interpretación más aceptada en la materia, para fijar el alcance de un almacenamiento de datos personales es necesario tener en cuenta la información que puede verse comprometida, aisladamente considerada y puesta en común. Además, es determinante si el sujeto lleva a cabo o no alguna conducta que justifique el almacenamiento de datos. Por último, es fundamental valorar qué actividades públicas pueden derivarse del tratamiento de los datos. En definitiva, no solo es importante el almacenamiento y tratamiento de datos, sino también las acciones públicas subsiguientes<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC). COM (2011) 225 final.

<sup>23</sup> BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Marginales 75-80. <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>.

Por tanto, debe tomarse en consideración cuántos titulares del derecho están siendo afectados, bajo qué premisas y si su comportamiento ha generado esa actuación. Asimismo, debe concretarse si, tras esas medidas, el individuo sigue siendo anónimo, qué información personal se ha recogido y qué consecuencias pueden derivarse<sup>24</sup>.

La retención de datos abarcaba prácticamente cualquier comunicación de todos los individuos, en consecuencia, impactaba directamente en el derecho a la vida privada<sup>25</sup>. La posibilidad de acceder y tratar las circunstancias relativas a comunicaciones telefónicas y electrónicas de los ciudadanos durante seis meses, permite reconstruir el perfil social e individual de un individuo. No sólo es posible conocer su pertenencia a asociaciones, o grupos de interés, sino también sus tendencias, preferencias y debilidades íntimas. Además, cualquier persona puede ser investigada simplemente porque le llame un individuo sospechoso<sup>26</sup>. Por último, el elevado número de empresas obligadas a conservar los datos aumenta el riesgo de un uso incorrecto de los mismos.

Este fue el punto de partida de los Tribunales Constitucionales. Con base en esta argumentación, el Tribunal Constitucional rumano aseveró que el almacenamiento de datos previsto en la directiva suponía una violación de los derechos reconocidos por la Constitución de Rumania y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por tanto, declaró inconstitucional la ley de transposición en su conjunto. Aún más, fue particularmente duro en los términos empleados, ya que afirmó que la norma reducía los derechos al absurdo y destruía la democracia. De este modo, en la praxis, hizo imposible la transposición ya que la sentencia no solo se refería al acceso sino también al almacenamiento previsto por la directiva<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Marginales 94-95. Conforme a dichos parámetros, la intensidad de la injerencia en los derechos provocada por la retención de datos era tan elevada que no había precedentes en el sistema constitucional alemán. BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 210.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 22. [www.edri.org/files/DataRetention\\_Judgment\\_ConstitutionalCourt\\_CzechRepublic.pdf](http://www.edri.org/files/DataRetention_Judgment_ConstitutionalCourt_CzechRepublic.pdf) (traducción no oficial).

<sup>26</sup> BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 210-212.

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional Rumano consideró incompatible con los derechos al almacenamiento indiscriminado de datos relativos a las comunicaciones durante seis meses, con el fin de perseguir actos delictivos. Sentencia del Tribunal Constitucional Rumano de 8 de octubre de 2009, N. 1258. <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/342/79/> (traducción al alemán no oficial). Es evidente que el tribunal rumano estaba convencido de que la directiva vulneraba los derechos fundamentales, ya que declaró inconstitucional, de manera indirecta, el núcleo de la misma.

La postura de los Tribunales Constitucionales checo y alemán fue diferente. Ambos consideraron que las medidas previstas suponían una injerencia elevada en los derechos y, por tanto, el estándar de protección ofrecido por la norma debía ser particularmente elevado<sup>28</sup>. En otros términos, no declararon el almacenamiento inconstitucional en sí mismo, sino que estudiaron el impacto de las medidas y las salvaguardas contenidas en las leyes nacionales.

Por tanto, las circunstancias y condiciones en que iba a producirse la injerencia debían fijarse en una ley con precisión. Además, debían definirse las potestades del poder público. Por último, para cumplir con el principio de proporcionalidad, la medida debía ser necesaria, adecuada y proporcionada en sentido estricto<sup>29</sup>. Estos requisitos debían cumplirse de manera rigurosa.

Este estándar tan solo se debía aplicar al acceso a los datos manteniendo así, teóricamente, la integridad de la directiva. Sin embargo, esta disección de la norma no era sencilla. De hecho, la separación entre el almacenamiento y el acceso rompía claramente, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán<sup>30</sup>. Igualmente contradecía la jurisprudencia del TEDH en este punto, establecida esencialmente en el caso *Marper c. Reino Unido*. No es de extrañar, por tanto, que los dos Tribunales Constitucionales fracasaran en su intento de proteger los derechos fundamentales manteniendo la directiva.

En primer lugar, para determinar si el almacenamiento de datos supone una injerencia en la vida privada, y su alcance, es preciso ponderar la naturaleza de los datos y el uso que se les pretende dar. Así, para concretar si el almacenamiento supone una violación del derecho a la vida privada, debe tenerse en cuenta el contexto en que se recogió y almacenó la información, la naturaleza de los registros en que se contienen, la manera en que van a ser usados y los resultados que pueden obtenerse<sup>31</sup>. Sin embargo, al intentar decidir solo sobre el acceso a los datos, los Tribunales Constitucionales aceptaron que, en principio, cabe cualquier almacenamiento indiscriminado de todo tipo de datos.

Además, aunque el alcance de la retención generalizada sea claro, la norma debe reunir un conjunto de características para respetar los derechos. Así,

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 45

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 37

<sup>30</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M., «El Tribunal Constitucional Federal alemán ante la compatibilidad con los derechos fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos», *RDCE*, núm. 34. 2009, pp. 947-953.

<sup>31</sup> STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 67.

la norma debe ofrecer protección jurídica contra posibles arbitrariedades e indicar claramente el alcance de la discrecionalidad y de las potestades de las autoridades públicas<sup>32</sup>. En consecuencia, debe recoger de manera clara garantías mínimas como la duración exacta del almacenamiento, el uso que se va a dar a los datos, las posibilidades de acceso de terceros y las garantías que se establecen para preservar la integridad y la confidencialidad. Por último, debe prever la destrucción de los datos y medidas eficaces para evitar abusos o arbitrariedades en su uso<sup>33</sup>.

Los Tribunales Constitucionales checo y alemán siguieron una línea interpretativa muy similar a la del TEDH<sup>34</sup>. En este sentido, ambos Tribunales afirmaron que no puede regularse un almacenamiento indiscriminado de datos sin garantizar un estándar de seguridad especialmente elevado<sup>35</sup>. Además, exigieron la transparencia del uso de los datos, así como la intervención judicial para cualquier tratamiento de los datos y sanciones adecuadas en caso de infracción de cualquiera de las medidas de seguridad, transparencia y salvaguarda previstas. Dado que las leyes de transposición no establecían dichas medidas, o eran insuficientes, vulneraban el principio de proporcionalidad.

En cuanto al acceso, ambos tribunales cuestionaron la amplitud que las normas nacionales daban a la referencia a la «comisión de delitos graves» que contenía la directiva. A su juicio el acceso a los datos solo podía tener lugar cuando se tratara de una sospecha fundada de la probable comisión de un delito grave o una amenaza a la seguridad pública caso por caso<sup>36</sup>.

Cabría pensar que los Tribunales Constitucionales realmente se ciñeron al análisis del espacio que podía decidir el legislador nacional pero declararon inconstitucionales todos los artículos. El Tribunal Constitucional alemán incluso ordenó destruir los datos que ya habían sido recopilados<sup>37</sup>. En realidad,

<sup>32</sup> STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 95.

<sup>33</sup> STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 99.

<sup>34</sup> Si bien el TEDH prefiere incluir estos requisitos en la exigencia de que la injerencia se prevea por ley, mientras que los Tribunales Constitucionales las derivan del principio de proporcionalidad.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 51. El Tribunal Constitucional alemán incluso exigió un almacenamiento separado de los datos, un código de acceso criptográfico altamente complejo y un régimen de acceso a los archivos reforzado mediante un protocolo de seguridad y doble llave de apertura BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 223.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 48.

<sup>37</sup> BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 306.

una vez declarado el amplio alcance de la violación de los derechos, habría sido insostenible mantener las leyes de transposición. Los tribunales exigieron una nueva ley que compensara la retención pero hasta que dicha reforma tuviera lugar, las leyes debían anularse so pena de perpetuar una situación de violación de los derechos. Sin embargo, en la praxis, las exigencias a las leyes nacionales eran tan elevadas que era casi imposible su redacción<sup>38</sup>.

Otros tribunales nacionales se limitaron a cuestiones tangenciales, sin entrar en el fondo. Así, el Tribunal Supremo búlgaro solo declaró inconstitucionales algunos artículos de la ley de transposición porque carecían de claridad, sin que se vieran afectadas las obligaciones establecidas en la directiva<sup>39</sup>. El Tribunal Supremo chipriota declaró inconstitucional el acceso a los datos fuera de los casos que la Constitución expresamente previa<sup>40</sup>, sin hacer referencia al almacenamiento. Ahora bien, si la finalidad de la directiva era que las fuerzas de seguridad pudieran acceder a los datos para perseguir los delitos graves, impedirles el acceso equivalía a desvirtuar la norma en la práctica<sup>41</sup>. Además, esta vía desconocía el impacto de la norma en los derechos fundamentales porque la separación entre almacenamiento y acceso, aunque aceptada en la citada sentencia Irlanda contra Comisión, era una ficción jurídica insostenible.

No en vano, el Tribunal Constitucional austríaco afirmó que, a su juicio, no cabía una transposición de la Directiva de Retención de Datos que respe-

---

<sup>38</sup> Como puso de relieve el voto particular del magistrado Schluckebier BVerfG, I BvR 256/08 vom 2.3.2010.

<sup>39</sup> La ley búlgara permitía el acceso a los datos a una dirección del ministerio del interior a las fuerzas de seguridad en «supuestos de seguridad nacional» y para la «persecución del crimen» sin necesidad de autorización judicial. Asimismo no se fijaban mecanismos de salvaguarda frente a posibles abusos o arbitrariedades en el tratamiento de la información. Estos extremos fueron declarados contrarios a la Constitución búlgara y al CEDH por el Tribunal Supremo. <http://history.edri.org/edri-gram/number6.24/bulgarian-administrative-case-data-retention>.

<sup>40</sup> El artículo 17 de la Constitución de Chipre solo permitía injerencias en el secreto de las comunicaciones si la comunicación se había producido por medios ilegales, si se trataba de un detenido o si atañía a comunicaciones profesionales de personas en procesos de insolvencia. El Tribunal Supremo resolvió cuatro peticiones individuales de anulación del acceso de la policía a los datos y, siguiendo la Constitución, solo aceptó el acceso en un supuesto en que se había llevado la comunicación mediante un móvil ajeno permiso. MARKOU, CH., «The Cyprus and other EU court rulings on data retention: The Directive as a privacy bomb», *Computer law & security review*, 28, 2012, p. 472.

<sup>41</sup> Eso debió pensar el legislador chipriota ya que poco después de las sentencias del Tribunal Supremo reformó el Art. 17 de la Constitución para incluir el acceso a los datos en los casos de investigación y persecución de delitos graves. MARKOU, CH, ob. cit., p.473.

tara a los derechos<sup>42</sup>. Una vez establecido que el legislador nacional no tenía margen para garantizar los derechos, consideró necesario elevar una cuestión prejudicial. Camino que ya había emprendido la Corte Suprema irlandesa.

## 2. LA DECISIÓN DEL TJUE EN EL ASUNTO DIGITAL RIGHTS IRELAND

El TJUE se pronunció sobre la compatibilidad de la Directiva de Retención de Datos con los derechos fundamentales mediante sentencia de 8 de abril de 2014. Su decisión fue clara, la Directiva era nula por vulneración de los Arts. 7 y 8 CDFUE.

La sentencia sigue un razonamiento muy similar al de los Tribunales Constitucionales checo y alemán. Así, el TJUE considera que la Directiva suponía una injerencia elevada en los arts. 7 y 8 CDFUE. Esta injerencia no vulneraba el contenido esencial de los derechos porque no se accedía al contenido de las comunicaciones, y eran de aplicación las normas de protección de los datos<sup>43</sup>. De manera que, en principio, cabe una retención de datos relativos a las comunicaciones en la Unión Europea.

Ahora bien, dicha injerencia debe preverse en una norma, responder a un interés general y ser necesaria y proporcionada (Art. 52.1 CDFUE). Estos requisitos deben aplicarse de una manera especialmente rigurosa. La aplicación de estos requisitos por el TJUE es conocida<sup>44</sup>, sin embargo en el caso Digital Rights Ireland afirma que se ha producido una injerencia de especial gravedad. Esta afirmación lleva al TJUE a hacer consideraciones de gran importancia para los derechos en la UE.

En primer lugar, reconoce que el objetivo central de la directiva era la lucha contra la delincuencia grave<sup>45</sup>, valor de suficiente entidad para legitimar una injerencia intensa en los derechos. De este modo, implícitamente, se desliga de su sentencia Irlanda contra Comisión, porque en ella afirmó que el objetivo principal era armonizar el mercado.

---

<sup>42</sup> Auto del Tribunal Constitucional Austríaco, G 47/12-11, de 28 de noviembre de 2012, marginal 3.2. [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at).

<sup>43</sup> Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, apartados 39-40.

<sup>44</sup> Al respecto, entre otros, de VRIES, S. «Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice», *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 1, 2013, pp. 172-175.

<sup>45</sup> Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, apartado 41.

Como ya ha sido comentado, posiblemente el Tribunal quería atraer la norma hacia el pilar comunitario pero esta decisión tenía consecuencias perniciosas. En definitiva, implicaba aceptar una injerencia intensa en los derechos fundamentales sobre la base del mercado interior, cuando tradicionalmente se requiere un valor de igual nivel o superior<sup>46</sup>. De hecho, en el ámbito penal la capacidad de impacto de las normas sobre los derechos es mayor por el valor que se confiere a la seguridad y orden público.

En segundo lugar, afirma que la lucha contra la delincuencia es un objetivo de interés general de la Unión<sup>47</sup>. Esta consideración no solo se basa en su propia jurisprudencia sino también en el Art. 6 CDFUE, que reconoce el derecho a la seguridad. Las potestades de la UE sobre el mantenimiento del orden seguridad pública han sido hartamente discutidas, si bien el Tratado de Lisboa ha reforzado la posición de la UE en este punto<sup>48</sup>. En la sentencia *Digital Rights Ireland*, el TJUE afianza aún más estas potestades al poner de relieve que la CDFUE reconoce el derecho a la seguridad<sup>49</sup>.

En tercer lugar, centra su atención en el principio de proporcionalidad. El TJUE reitera su jurisprudencia conforme a la cual la normativa europea no debe rebasar los «límites de lo que resulta apropiada y necesario» para el logro de los objetivos. Ahora bien, el alcance de su facultad de control podrá aumentar «en función de una serie de factores, entre los que figuran [...] El ámbito afectado, el carácter del derecho en cuestión garantizado por la Carta, la naturaleza y la gravedad de la injerencia, así como la finalidad de esta»<sup>50</sup>. De este modo el TJUE, eleva el estándar del principio de proporcionalidad como ya hiciera en el caso *Volker y Markus Schecke*<sup>51</sup>. Este princi-

---

<sup>46</sup> Como pone de relieve el Abogado General, los motivos que avalaban su base jurídica (la armonización del mercado interior) no permitirían a la Directiva superar los requisitos del principio de proporcionalidad. Requisitos que sí podía cumplir si se reconocía como objetivo la represión de delitos graves. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, de 12 de diciembre de 2013, *Digital Rights Ireland*, C 293/12, puntos 102-103.

<sup>47</sup> Sentencia *Digital Rights Ireland*, *cit.*, apartado 44.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance?», en SAIZ ARNAIZ, A., ALCOBERRIO LLIVINA, C. (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Antwerp, 2013.

<sup>49</sup> De hecho, en el preámbulo de la CDFUE se establece, casi en los mismos términos que en el Art. 3 TUE, que la UE supone un espacio de seguridad, libertad y justicia.

<sup>50</sup> Sentencia *Digital Rights Ireland*, *cit.*, apartado 47.

<sup>51</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 2010 *Volker y Markus Schecke GbR Hartmut Eifert*, C 92/09 y C 93/09, Rec. p. I-11063, apartado 86.

prio de proporcionalidad reforzado lleva al TJUE a considerar inválida la Directiva<sup>52</sup>.

Tradicionalmente el TJUE exige que una medida sea necesaria y adecuada pero no que sea proporcionada en sentido estricto. En algunas ocasiones ya había aplicado un estándar más elevado, en función del interés y de la fuente normativa en conflicto<sup>53</sup>, pero era una jurisprudencia bastante excepcional. De hecho, para algunos autores, este principio proporcionalidad poco exigente era una deficiencia de su jurisprudencia<sup>54</sup>. Sin embargo, la cautela del TJUE es comprensible.

De una parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha tenido fuertes críticas en los sistemas constitucionales. Los recelos hacia este principio podrían resumirse en aumento de la inseguridad jurídica, de la imprevisibilidad, llegando a la arbitrariedad en casos límites, y sustitución del legislador por los tribunales<sup>55</sup>. De la otra, la ponderación del lugar que ocupa cada valor en un ordenamiento frente a los derechos en juego es mucho más compleja en un ordenamiento supranacional. Por ello, la precaución del TJUE frente a la proporcionalidad en sentido estricto se vincula al deseo de otorgar un espacio de decisión a los Estados Miembros en temas sensibles<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> El TJUE considera que no se respeta el principio de proporcionalidad fundamentalmente por el alcance general e indiscriminado de la medida, por la vaguedad de la finalidad del almacenamiento, por establecer el mismo régimen para todo tipo de datos, por la carencia de salvaguardas respecto del almacenamiento y acceso a los datos y por el excesivo plazo de almacenamiento de los datos. Apartados 46 a 58 de la sentencia. Por tanto, declara la Directiva nula casi por las mismas razones que los Tribunales Constitucionales anularon las leyes de transposición. Sobre la violación del principio de proporcionalidad por la Directiva de Retención de Datos, véase TRONCOSO REIGADA, A., «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», *REDE*, núm. 43, 2012.

<sup>53</sup> Al respecto, VRIES, S., *ob.cit.*, p.172-173

<sup>54</sup> DAVIES, G., «Subsidiarity: the Wrong idea, in the wrong place, at the wrong time», *CMLR*, 43, 2006, pp. 81-82

<sup>55</sup> OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *Abwägung im Recht*, ERBGUTH, W. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 1996, p. 33. Es particularmente conocida la postura de Bernhard Schlink. A su juicio la necesidad y la adecuación de una medida son conceptos metódicamente correctos, porque son controlables y pueden ser examinados, pero la proporcionalidad en sentido estricto adolece de falta de racionalidad. Decidir si el sacrificio del derecho es de mayor o menor valor frente al bien jurídico sería, por tanto, simple «*decisionismo*». Esta decisión corresponde al campo de la política, ya que la sociedad ha de ponderar que debe prevalecer cuando se enfrenta un bien individual y otro de la comunidad. Por eso considera que se debería amputar el tercer paso del principio de proporcionalidad para conseguir una mínima racionalidad jurídica SCHLINK, B. «Freiheit durch Eingriffsabwehr», *EuGRZ*, 1984, p. 462.

<sup>56</sup> KÜHLING, J. «Grundrechte», *Europäisches Verfassungsrecht*, BOGDANDY, A. V. & BAST, J., Springer, 2009, pp. 695-696.

El equilibrio entre seguridad y libertad es una decisión fundamental de cada sociedad. Sin embargo, se acepta que, en ciertas ocasiones, concurre un orden público europeo. En este sentido, resulta cuando menos paradójico que las medidas restrictivas de los derechos se consideren respetuosas con las tradiciones constitucionales, pero no la fijación de garantías<sup>57</sup>. A medida que el proceso de integración se profundiza deben reforzarse las garantías de los derechos, incluyendo los parámetros interpretativos de los mismos.

Ahora bien, la aplicación del principio de proporcionalidad también depende del tipo de norma al que se aplica. Así, en el ya mencionado caso *Völker* se trataba de un Reglamento, mientras que en *Digital Rights Ireland* el TJUE se enfrenta a una Directiva. En consecuencia, respecto de la Directiva de Retención de Datos, los Estados Miembros disponían de un margen de actuación y podían responsabilizarse de garantizar el derecho mediante la ley de transposición en principio<sup>58</sup>.

Sin embargo, en realidad, diversos preceptos de las normas nacionales considerados contrarios a los derechos, daban estricto cumplimiento de la Directiva de Retención de Datos. La separación entre el almacenamiento y el acceso a los datos prevista en la directiva impedía la garantía de los derechos por los Estados Miembros. La única opción real para proteger los derechos era anular la directiva. Era la única alternativa que ofrecía una protección equivalente a la que otorga el CEDH y las Constituciones de los Estados Miembros (Art. 53 CDFUE)<sup>59</sup>.

No cabe, por tanto, desplazar sobre los Estados la responsabilidad de preservar los derechos de una injerencia provocada por la normativa europea mediante la mera aprobación de una directiva. Corresponde a las institucio-

---

<sup>57</sup> SIEBER, U. «Die Zukunft des Europäische Strafrechts», *ZStW*, 121, 2009, p. 28

<sup>58</sup> De hecho el TEDH ha diferenciado el tipo de norma europea que origina el conflicto a la hora de determinar la responsabilidad de los Estados. Cuando la vulneración trae causa de los tratados constitutivos, la responsabilidad recae sobre los Estados. Si la lesión deriva de una norma o decisión europea que deja margen de actuación a los Estados, les es imputable la violación. En los casos en que la aplicación de una norma o decisión europeas no dejen margen de actuación, exige una protección equivalente de la UE. BUSTOS GISBERT, R., «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en GARCÍA ROCA, F. J./FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

<sup>59</sup> Auto del Tribunal Constitucional Austríaco, G 47/12-11, 28 de noviembre de 2012, marginal 5.2.

nes europeas velar porque la normativa de la UE no comprometa los derechos. El TJUE cuenta para ello con la CDFUE, que parece erigirse finalmente como un instrumento jurídico idóneo para que los derechos fundamentales jueguen un papel central en la jurisprudencia<sup>60</sup>.

La doctrina ha sido muy crítica con la jurisprudencia del TJUE respecto de los derechos fundamentales, ya que tiende a resolver conflictos importantísimos de una manera telegráfica<sup>61</sup>. Por ello, la sentencia *Digital Rights Ireland* supone un notable avance. En ella el TJUE desarrolla sus argumentos siguiendo parámetros adecuados para la protección de los derechos fundamentales. De hecho el TJUE mejora claramente su jurisprudencia, ya que lleva a cabo un análisis detenido del conflicto.

Conviene también poner de relieve que, aunque la conclusión es casi idéntica, la construcción del TJUE difiere de la del Abogado General, ya que este incluye en sus conclusiones los parámetros de los tribunales nacionales y del TEDH. El Abogado General cita la jurisprudencia de los tribunales nacionales relacionada con la Directiva de Retención de datos, y apuesta por entender la exigencia de que la injerencia se prevea en una ley en los mismos términos que el TEDH<sup>62</sup>. Igualmente menciona sin ambages la proporcionalidad en sentido estricto<sup>63</sup>. El TJUE no sigue este camino, sino que construye la sentencia siguiendo sus parámetros interpretativos tradicionales. Esta vía le permite construir una jurisprudencia propia en derechos fundamentales que puede otorgar seguridad jurídica de mantenerse.

Ahora bien, la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia es necesariamente dependiente de la labor del resto de los tribunales europeos. En este sentido, la Directiva de Retención de Datos ha puesto de relieve que la cooperación entre tribunales europeos es insuficiente. Es muy preocupante que se haya tardado ocho años en eliminar la Directiva, estando tantos tribunales de acuerdo en que vulneraba derechos fundamentales.

---

<sup>60</sup> IGLESIAS, S., «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental Rights», *CMLR*, 49, 2012, p. 1582.

<sup>61</sup> CARTABIA, M., «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *EuConst*, 5, 2009, p. 31.

<sup>62</sup> Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Digital Rights Ireland*, *cit.*, punto 110.

<sup>63</sup> Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Digital Rights Ireland*, *cit.*, punto 114.

#### IV. EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS

Los avances en el proceso de integración europea han conllevado que se amplíe el impacto de la normativa de la UE sobre los derechos fundamentales, siendo quizá el mejor ejemplo la normativa europea relativa a la investigación y la persecución del delito. Sin embargo, el Tratado de Lisboa no solo ha ampliado las competencias de la UE en cooperación judicial y policial sino que, también, ha reforzado la jurisdicción del TJUE y ha dado fuerza jurídica a la CDFUE. La concurrencia del reforzamiento de los derechos y del aumento de las potestades de la UE en áreas sensibles es una oportunidad única para que el TJUE se consolide finalmente como garante de los derechos.

En esta tarea el TJUE precisa del TEDH y de los Tribunales nacionales, tanto por la escasez de recursos procesales de protección de los derechos en la UE, como por la necesidad de complementar su jurisprudencia con las aportaciones de otros tribunales europeos.

La falta de un recurso directo de los ciudadanos ante el TJUE en defensa de sus derechos podría suplirse parcialmente mediante la cuestión prejudicial. De hecho, los demandantes solicitaron tanto al Tribunal constitucional checo como al alemán que se elevara una cuestión prejudicial, pero ambos lo consideraron innecesario ya que, a su juicio, la demanda se dirigía al «espacio de decisión» del legislador nacional<sup>64</sup>. Sin embargo, era preciso entrar al espacio de decisión del legislador europeo para proteger el derecho. Por eso los derechos no fueron plenamente protegidos hasta que se pronunció el TJUE.

Las reticencias frente a la cuestión prejudicial perjudican a los ciudadanos porque les deja sin una vía de reparación efectiva cuando sus derechos son vulnerados<sup>65</sup>. Como el propio Tribunal Constitucional alemán ha reconocido, si la Justicia Constitucional afirma que no tiene potestad para velar por la protección de los derechos frente a actos provenientes de la UE y al TJUE no se le brinda la ocasión de conocer de las vulneraciones de los derechos, el ciudadano está inerme.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 25 y BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 185 y 186

<sup>65</sup> Cabría pensar que, en última instancia, se puede acudir ante el TEDH. Sin embargo, no solo conllevaría una carga excesiva para los ciudadanos, sino que desplazaría sobre dicho tribunal un fallo sistémico de la protección de derechos de la UE, cuando debe considerarse un tribunal subsidiario.

<sup>66</sup> Sentencia de 9 de enero de 2001. (1 BvR 1036/ 99). EuZW 2001, p. 256 (255).

El no planteamiento de una cuestión prejudicial implica que el tribunal nacional no asuma su responsabilidad de defender los derechos. Si existe la duda acerca de una posible vulneración de los derechos, y el tribunal nacional considera que el órgano competente es el TJUE, debe llevar el caso ante el mismo<sup>67</sup>. Obviamente, la cuestión prejudicial no tiene por objetivo principal la protección de los derechos. No es un mecanismo per se de garantía de los derechos fundamentales, pero es «*algo más que un instrumento de cooperación; y desde luego algo más que una vía de interpretación y enjuiciamiento de actos comunitarios*»<sup>68</sup>. En otros términos, la cuestión prejudicial puede coadyuvar en la creación de un espacio europeo de los derechos.

Además, la jurisprudencia del TJUE precisa de un proceso de deliberación colectiva con las diversas jurisprudencias tanto para alcanzar la madurez y la legitimidad suficientes<sup>69</sup> como para que el propio tribunal se convierta en garante de los derechos en un espacio supranacional. Así, aunque hay abundante jurisprudencia del TJUE y normativa de la UE sobre protección de datos personales, la salvaguarda de estos y de la vida privada en el ámbito penal ha sido desatendida por la UE<sup>70</sup>, pero no por el Consejo de Europa y los sistemas constitucionales. De hecho es palmaria la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la sentencia *Digital Rights Ireland*.

El TJUE recurría frecuentemente a las sentencias del TEDH antes del Tratado de Lisboa, hasta que acabó convertirse en la fuente de inspiración principal del Tribunal de Luxemburgo<sup>71</sup>. Además, el Tratado de Lisboa prevé

---

<sup>67</sup> Así parece haberlo entendido el TEDH que, desde la sentencia *Bosphours*, exige que sea planteada una cuestión prejudicial sobre el derecho fundamental en conflicto para determinar la responsabilidad del Estado en los casos en que aplica normativa europea. Sobre esta jurisprudencia y sus últimos desarrollos GONZÁLEZ PASCUAL, M. «Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH», *REDC*, 101, 2014, pp. 395 y ss.

<sup>68</sup> SARMIENTO, D., *Poder Judicial e integración europea*, Thomson, Madrid, 2004, p. 53

<sup>69</sup> TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 130.

<sup>70</sup> RALLO LOMBARTE, A., «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 85, 2012, pp. 32-33

<sup>71</sup> SAIZ ARNAIZ, A., «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», PÉREZ TREMPES, P.; CARTABIA, M.; DE WITTE, B. (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 564 y ss.

la adhesión de la UE al CEDH, y su papel como fuente de interpretación de la CDFUE es reconocido por diferentes instrumentos normativos UE<sup>72</sup>. No es por ello de extrañar que la delimitación de los artículos de la CDFUE tome como referente privilegiado al CEDH. Este papel del CEDH ha sido asumido por los jueces nacionales, que preguntan al TJUE mediante la cuestión prejudicial si la normativa de la Unión, y en cierta medida la nacional, ha interpretado correctamente la CDFUE en aquellos supuestos en los que parece no haberse respetado la jurisprudencia del TEDH<sup>73</sup>.

En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH coopera en la concreción de los derechos recogidos en la CDFUE al recoger un conjunto de valores y principios comúnmente aceptados por los Estados y no solo sirve de fuente de inspiración del TJUE, sino de determinación de un estándar mínimo<sup>74</sup>. Tal y como, por otra parte, establece el Art. 53 CDFUE.

Este impacto de la jurisprudencia del TEDH en el TJUE es, además, posiblemente reforzado por el papel creciente del TEDH y por los problemas que plantea el recurso a las tradiciones constitucionales como fuente. Cabría pensar que se debería tomar la decisión que confiere una mayor protección de los derechos, de tal modo que del conjunto de construcciones jurisprudenciales se extrajera el parámetro idóneo<sup>75</sup>, pero esta afirmación tan sugerente no es fácil de aplicar.

<sup>72</sup> Art. 6 TUE, y los Artículos 52, 53, y el preámbulo de la CDFUE. Este papel del CEDH es igualmente enfatizado por las Explicaciones a la CDFUE.

<sup>73</sup> Entre otras, se pueden consultar las preguntas formuladas por los jueces nacionales en las Sentencias de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA*, C-70/10, Rec. p. I-11959, de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10 (no publicada); de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11 (no publicada), o de 8 de noviembre de 2012, *Yoshikazo lida contra Stadt Ulm*, C-40/11, (no publicada). Este planteamiento de las prejudiciales ha sido calificado de diálogo a «tres bandas» entre el TJUE, el TEDH y los tribunales nacionales. GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el TEDH y los Tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *TRC*, núm. 30, 2012, p. 209.

<sup>74</sup> De hecho la UE le confiere este papel a la jurisprudencia del TEDH con frecuencia mediante la aprobación de normas que recogen los estándares de Estrasburgo con el fin explícito de conferirle la fuerza jurídica del Derecho de la UE. Sirva como ejemplo el considerando 14 de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales «*El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento se consagra en el Art. 6 del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica*»

<sup>75</sup> BESSELINK, L., «Entrapped by the Maximum Standard. On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», (1998) 35 *CMLRev*, p. 629.

Así, en caso de conflicto entre derechos debe buscarse un equilibrio entre ambos que, en última instancia, depende de los valores que cada sociedad priorice<sup>76</sup>. De hecho, la diferente interpretación de los derechos fundamentales es una consecuencia legítima de la diversidad que caracteriza a los Estados Miembros. La concreción de qué derechos son fundamentales, así como de su alcance e interpretación refleja las preferencias de los ciudadanos de cada país, así como su comprensión del reparto del poder entre el legislador (o el ejecutivo) y los Tribunales<sup>77</sup>. Este hecho, unido a la necesidad de preservar una interpretación uniforme del derecho, impulsa el empleo de la jurisprudencia del TEDH por el TJUE en demérito de las tradiciones constitucionales.

La aceptación del CEDH facilita con frecuencia que sus estándares se integren en el Derecho de la Unión. De hecho los Tribunales Constitucionales checo, rumano, y austríaco, y el Tribunal Supremo de Chipre e Irlanda analizaron la Directiva de Retención de Datos a la luz del CEDH. Aún más, estos Tribunales, al igual que el Abogado General y el propio TJUE, basaron gran parte de su decisión en la sentencia del TEDH, ya citada, Marshall contra Reino Unido.

La fijación de un estándar común es, además, habitual cuando hay normativa secundari<sup>78</sup>. Es muy cuestionable que una norma nacional pueda proteger adecuadamente una injerencia regulada por el derecho europeo sin disminuir la garantía del derecho o la eficacia de la norma europea en la mayoría de los casos. Las sentencias de los Tribunales nacionales relativas a la transposición de la Directiva de Retención de Datos son muy reveladoras.

El Tribunal Constitucional rumano cerró la puerta a la transposición, al considerar que era un ataque directo a los derechos. Los Tribunales Consti-

---

<sup>76</sup> El caso de la Directiva de Retención de Datos es muy ilustrativo ya que fue particularmente criticada en Estados con experiencias recientes de vigilancia generalizada de la ciudadanía por las autoridades públicas. VOGELGESANG, K., «Verfassungsregelungen und Datenschutz», *Computer und Recht*, 1995, pp. 554 y ss. Igualmente es llamativo que en varios Estados fue recurrida por organismos de derechos humanos o, incluso, mediante una demanda apoyada por miles de ciudadanos (Este fue el caso de Hungría, Alemania, Rumania, Austria e Irlanda). Asimismo, la falta de polémica en España posiblemente traiga causa de la alta tolerancia de la sociedad y del ordenamiento jurídico español hacia las medidas antiterroristas.

<sup>77</sup> DE WITTE, B., 'The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», ALSTON, P., (Ed) *The EU And the Human Rights*, OUP, 1999.

<sup>78</sup> IGLESIAS, S., ob. cit., p. 1606

tucionales alemán y checo declararon inconstitucionales preceptos que eran transcripción literal de la directiva, y sus exigencias eran tan elevadas que era harto complicado aprobar una norma que respetara el derecho europeo y la constitución nacional a la vez. Incluso la sentencia del Tribunal Supremo de Chipre, mucho más comedida, empecía la eficacia del Derecho de la UE. La única vía para mantener la integridad del Derecho de la UE y preservar los derechos fundamentales era plantear una cuestión prejudicial.

Los Tribunales deben buscar la solución que mejor se acomode a la concurrencia de sistemas jurídicos. Las divergencias deberían llevar a los Tribunales a reflexionar sobre cuál es la mejor manera de garantizar los derechos en Europa<sup>79</sup>. No siempre es el mejor camino elevar una prejudicial, y los Tribunales pueden modificar su propia jurisprudencia con el fin de mejorar el sistema. La renuncia a parámetros nacionales puede en ocasiones facilitar la integración de los sistemas y descargar de trabajo a los tribunales<sup>80</sup>. El éxito del proyecto europeo de alcanzar un espacio de convivencia y respeto de los derechos fundamentales es su principal fuente de legitimidad<sup>81</sup>.

La pregunta inmediata es cómo determinar cuál sería la decisión más adecuada en cada caso. Posiblemente no pueda darse una respuesta unívoca, pero cabría pensar en la construcción de parámetros que guíen a los Tribunales a la hora de decidir qué camino tomar.

En primer lugar los Tribunales deben ser conscientes de las limitaciones de su propia potestad. La expulsión de una norma europea solo puede ser llevada a cabo de manera eficaz por el TJUE. Por tanto, si la violación requiere la anulación de un precepto comunitario debe elevarse una prejudicial. Los tribunales deben proteger los derechos fundamentales y si el camino para ello es la cuestión prejudicial, han de elevarla<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> JAEGER, R., «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ*, 2005, p. 194.

<sup>80</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Mutual recognition and Fundamental Rights. The first preliminary ruling of the Spanish Constitutional Court», *Constitutional Conversations in Europe*, CLAES, M./POPELIER, P. (Eds), Intersentia, 2012, pp. 175-176.

<sup>81</sup> MÜLLER, J. P., «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa», *ZSR*, 2005, p. 20.

<sup>82</sup> Los propios Tribunales Constitucionales han instigado a los jueces ordinarios a elevar cuestiones prejudiciales. Al respecto es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español conforme a la cual el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede vulnerar el Art. 24 CE. Entre otros, ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 196/2006 y 78/2010)», *Administración y justicia un análisis jurisprudencial, Liber amicorum T.R. Fernández, vol. I*, GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA, R. (Coords), Thomson, Madrid, 2012, pp. 199 y ss.

En segundo lugar, los tribunales nacionales deben tomar en consideración al CEDH. Si sus estándares no son respetados, no solo se vulnera el Art. 52 CDFUE, sino también el CEDH. Esto es así especialmente si el tribunal nacional no eleva la cuestión prejudicial pertinente, tal y como el TEDH ha recordado recientemente<sup>83</sup>. De hecho, tanto el Tribunal constitucional austriaco como la Corte Suprema irlandesa se apoyaron en la jurisprudencia del TEDH a la hora de elevar una prejudicial en el caso *Digital Rights Ireland*<sup>84</sup>.

En tercer lugar, los tribunales deben ser conscientes de los aciertos y errores de su jurisprudencia, y decidir en consecuencia si la conservan o la modifican. Es sorprendente que el Tribunal Constitucional alemán no elevara una cuestión prejudicial, a pesar del reconocimiento que tiene su jurisprudencia sobre la llamada «autodeterminación informativa»<sup>85</sup>. Máxime porque de la lectura de la sentencia se deduce con claridad que consideraba que la Directiva de Retención de Datos suponía una injerencia difícilmente aceptable<sup>86</sup>. Así, es particularmente significativo que retomase la idea de la identidad constitucional<sup>87</sup>.

En último lugar los Tribunales no deben dar por sentado que su interpretación debe prevalecer<sup>88</sup>. Si bien la actitud beligerante de los Tribunales nacionales ha podido tener efectos positivos en ocasiones, al forzar al TJUE a llevar a cabo una labor de defensa de los derechos más activa, la pugna entre Tribunales debe ser la excepción. En definitiva, el propio sistema judicial creado en el seno de la UE se asienta en la idea de colaboración<sup>89</sup>.

Las reticencias de varios Tribunales Constitucionales frente al TJUE derivan del complejo equilibrio entre la primacía del Derecho de la UE y la

---

<sup>83</sup> STEDH, *Michaud c. Francia* 6, diciembre de 2012, para. 114 y *Dhabbi c. Italia*, de 8 de abril de 2014 para. 31

<sup>84</sup> Incluso el Tribunal Constitucional austríaco preguntó si de la jurisprudencia del TEDH emanar criterios que deban influir en la interpretación del Art. 8 CDFUE, a pesar de que no se hace referencia al CEDH en las explicaciones de dicho precepto de la Carta. No obstante, esta es una de las preguntas que ni el TJUE ni el Abogado General contestaron.

<sup>85</sup> De hecho los Tribunales Constitucionales checo y austríaco analizan la Directiva de Retención de Datos a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán

<sup>86</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M., «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable», *REDE*, 36, 2010, p. 607.

<sup>87</sup> BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.03.2010. Marginal 219.

<sup>88</sup> HOFFMANN-RIEM, W., «Kohärenz der Anwendung der europäischer und nationaler Grundrechte» *Europäische Zeitschrift für Grundrechte*, 2002, p. 482.

<sup>89</sup> BUSTO GIBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *REDC*, núm. 95, 2012, p. 45.

preservación de la identidad constitucional nacional<sup>90</sup>. Reticencias que les han llevado a explorar otras vías de interacción con el TJUE, que consideran más simétricas que la cuestión prejudicial. Uno de estos instrumentos es la construcción del espacio de decisión del legislador nacional. Sin embargo, este instrumento tiene profundas limitaciones. La norma de transposición tiene una clara dependencia de la Directiva que los tribunales nacionales no deberían olvidar, y la aplicación de los estándares nacionales, incluidos los constitucionales, no puede poner en peligro la eficacia del Derecho de la UE<sup>91</sup>.

Mucho más problemática fue la reacción del Tribunal Constitucional de Rumania que declaró la ley inconstitucional, entre otras razones, por la exigencia de almacenar los datos en sí. De este modo, implícitamente, hizo imposible la transposición constitucional de la norma en Rumania y cuestionó la primacía del Derecho de la UE<sup>92</sup>.

Asimismo, parece que la proclamación de la CDFUE ha hecho al TJUE más proclive a utilizar los derechos en su argumentación<sup>93</sup>. Si esta tendencia se mantiene, aunque la tensión entre primacía e identidad constitucional perviva, la desconfianza hacia el papel del TJUE debería apaciguarse<sup>94</sup>. Ya que, sin duda, la jurisprudencia titubeante del TJUE respecto de los derechos alimenta las cautelas frente a la cuestión prejudicial. De este modo, mediante una defensa clara de los derechos, el TJUE puede conjurar la rebelión de los Tribunales Constitucionales que la poca sensibilidad del TJUE frente a los derechos podría acabar causando<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> MARTINICO, G., «Judging in the multilevel legal order: exploring the techniques of hidden dialogue», *King's Law Journal*, 21, 2010, p. 269.

<sup>91</sup> Sentencia, de 26 de Febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartado 59 (no publicada).

<sup>92</sup> MURPHY, C. C., «Romanian Constitutional Court, Decision No. 1258 of 8 October 2009», *CMLRev*, 47, 2010, pp. 940-941

<sup>93</sup> BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales», ob. cit., p. 43

<sup>94</sup> De hecho cada vez más Tribunales Constitucionales plantean cuestiones prejudiciales, al respecto merece la pena destacar la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional alemán (Petición de decisión prejudicial planteada por el TCF (Alemania), de 10 de febrero de 2014, Peter Gauweiler y otros, C-62/14). Dada la influencia que el Tribunal Constitucional alemán tiene en Europa, esta decisión ha sido calificada de histórica, pese a la naturaleza hipotética de las preguntas que formula y los desafíos que conlleva tanto para el funcionamiento del MEDE como para el sistema constitucional alemán. PERNICE, I., Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxembourg, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>95</sup> UGARTEMENDÍA, J. I., y RIPOLL CARULLA, S., «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», *REDE*, 50, 2014, p. 146.

Además, el TJUE responsabiliza a los propios órganos de la UE de no velar adecuadamente por los derechos fundamentales. El recurso a las directivas, o en su día a las decisiones marco, en cuestiones relativas a la seguridad y orden público, sin ponderar adecuadamente las garantías ha sido fomentado por los ejecutivos nacionales.

Se han aprobado normas represivas europeas con la excusa de que la medida represiva solo se decide en el plano nacional. De este modo se han ampliado de manera indirecta las competencias de la UE en la materia sin tomar en cuenta los derechos fundamentales<sup>96</sup>. Los problemas que están generando las normas europeas de investigación y persecución del delito en los ordenamientos nacionales, solo pueden ser resueltos de manera definitiva por el TJUE.

En este sentido, la declaración de nulidad de la Directiva de Retención de Datos, y las afirmaciones del TJEU sobre los Arts. 7 y 8 CDFUE, están llamadas a influir en la creación de un nuevo marco de protección de datos personales, y sobre normas tan polémicas como el *Passenger Names Record Agreement* o el *Terrorist Finance Tracking Programme*<sup>97</sup>. La reforma del marco de protección de datos personales, largamente pedida por la doctrina<sup>98</sup>, ya no puede seguir demorándose tras esta sentencia.

El TJUE puede, así, convertirse en un intermediario imprescindible para los tribunales nacionales frente a la UE. Esta defensa efectiva de los derechos por parte del Tribunal de Luxemburgo podría generar una dinámica cooperativa mucho más fluida que la actual. Los resultados tangibles que las decisiones del TJUE generarían, servirían para incentivar que los tribunales nacionales, incluidos los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales, llamen a su puerta.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> KONSTANDINIDES, T., «Destroying the democracy on the Ground of Defending it? The Data Retention Directive, the Surveillance State and Our Constitutional Ecosystem», *ELRev*, 36, 2011, p. 736.

<sup>97</sup> GUILD, E. and CARRERA, S., «The Political and Judicial Life of Metadata. Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive», *CEPS paper in Liberty and Security in Europe*, n° 65/ Mayo, 2014, pp. 10-11. Un comentario breve a dichas normas en RALLO LOMBARTE, A., «El terrorismo internacional y sus conflictos: seguridad versus privacidad», *Revista de análisis y prospectiva*, núm. 3, 2007-2008, pp. 115 y ss.

<sup>98</sup> Entre otros, FERRETTI, F., Data protection and the legitimate interest of data controllers: much about ado about nothing or the winter of rights?, *CMLRev*, 51, 2014, RALLO LOMBARTE, A., *ob. cit.*

<sup>99</sup> De hecho los tribunales constitucionales checo, alemán y rumano en general han recelado bastante del TJUE mientras que la Corte Suprema Irlandesa y el Tribunal Constitucional austríaco han sido más proclives a plantear cuestiones prejudiciales. Al respecto

Obviamente el complejo equilibrio entre la primacía del Derecho de la UE y las Constituciones nacionales no va a desaparecer. No obstante, el conflicto debería reducirse aún más ya que, en la praxis, en pocos casos está realmente en peligro la identidad constitucional<sup>100</sup>. La cooperación permitiría que los derechos sean protegidos por el tribunal más idóneo en cada caso. En el caso de la Directiva de Retención de Datos, este tribunal era el TJUE, no solo porque así se respetaba la eficacia del Derecho de la UE, sino porque los tribunales nacionales solo podían proteger a sus ciudadanos mientras sus comunicaciones se produjeran dentro de su Estado. Desde cualquier punto de vista, la solución más lógica era darle al TJUE la ocasión de anular la norma.

## VI. CONCLUSIONES

Tras varios años de polémica finalmente la Directiva de Retención de Datos ha sido declarada nula por el TJUE. Su sentencia marca un punto de inflexión no solo por el resultado, la nulidad del conjunto de la norma con base en la CDFUE, sino por su argumentación<sup>101</sup>. El TJUE se hace eco de las técnicas interpretativas de los derechos fundamentales, desmenuza los requisitos del Art. 51 CDFUE y sigue un esquema perfectamente homologable al de cualquier tribunal garante de los derechos.

Corresponde ahora al TJUE mantener esta jurisprudencia. En el caso Digital Rights Ireland la sentencia vino en gran medida condicionada por la cascada de decisiones nacionales contrarias a la norma europea, circunstancia bastante insólita. Ciertamente el TJUE no cita estas sentencias pero implícitamente da respuesta a las preocupaciones que comparten, a la vez que refuerza la autonomía de la CDFUE<sup>102</sup>.

---

véanse las contribuciones de CEDE, Ph; BOBAK, M. y KOSAF; RADUCU, I. y MURPHY, C. C en MARTINICO, G./ POLLICINO, O., *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws*, Groningen, 2010. La decisión que tomó cada tribunal nacional respecto a la Directiva e Retención de Datos era previsible a la luz de las relaciones de cada uno con el TJUE.

<sup>100</sup> DíEZ-HOCHLEITNER, J., «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, nº 17, 2013, p. 15

<sup>101</sup> Muy lejos de su casi nula argumentación en el caso Melloni, una crítica al respecto en TORRES PÉREZ, A., «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *EuConst*, 10, 2014, p. 318

<sup>102</sup> IGLESIAS, S., «La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección», *RDCE*, 2013, nº 46, p. 1157.

Es de esperar que no se trate de una sentencia aislada. De hecho han podido influir en la decisión, no solo las sentencias de los tribunales nacionales, sino también la abundante normativa de la UE sobre protección de datos personales, y las potestades que los Tratados recogen en la materia (particularmente el Art. 16 TFUE). Es evidente que la aprobación de normativa europea de desarrollo los derechos confiere un mayor ámbito de actuación al TJUE<sup>103</sup>. De ahí que el TJUE pueda ser cauto a la hora de extender esta jurisprudencia más allá de los datos personales.

Sin embargo, el mantenimiento de esta jurisprudencia podría reforzar la cooperación entre tribunales en la protección de los derechos. La sentencia *Digital Rights Ireland* invita a los tribunales a confiar en el TJUE y a formar parte activa del proyecto de consolidación de una sociedad más plural, más internacional y, sobre todo, más europea. Para que dicho proyecto triunfe no solo será necesario que el TJUE termine de aceptar la responsabilidad de proteger los derechos, sino que será decisivo que los tribunales nacionales mantengan una posición crítica pero generosa frente a Europa, en lugar de reves-tir cualquier interés nacional de cuestión constitucional<sup>104</sup>.

#### EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS EN LA UE A LA LUZ DE LA SENTENCIA DIGITAL RIGHTS IRELAND

RESUMEN: El TJUE declaró nula la Directiva de Retención mediante sentencia de 8 de abril 2014. A juicio del TJUE la norma no respetaba el principio de proporcionalidad vulnerando el derecho a la vida privada y a la protección de datos recogidos en los artículos 7 y 8 CDFUE.

De este modo se ponía fin a la controversia generada por la Directiva de Retención de Datos. El presente trabajo estudia esta controversia desde la perspectiva del papel que los tribunales nacionales, el TEDH y el TJUE están llamados a jugar en la garantía de los derechos en Europa. No en vano, la sentencia *Digital Rights Ireland* puede significar un giro en la jurisprudencia del TJUE en la medida en que aplica de manera rigurosa los parámetros de protección de los derechos y aplica los estándares europeos sobre el derecho a la vida privada y a la protección de datos personales. No obstante, este caso también pone de relieve los fallos en el sistema europeo de protección de los derechos ya que, a pesar de que tribunales y doctrina consideraba casi unánimemente que la Directiva de Retención de Datos vulneraba derechos fundamentales, han sido necesarios ocho

<sup>103</sup> MUIR, E., «The fundamental Rights implications of EU legislation: some constitutional challenges», *CMLR*, 51, 2014, p. 232.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, THOMSON, Madrid, 2010.

años para que finalmente fuera expulsada del ordenamiento. Esta demora solo se explica por las reticencias de los tribunales a la hora de cooperar en la protección de los derechos a pesar de ser dicha cooperación absolutamente indispensable en Europa

**PALABRAS CLAVE:** Retención de Datos; TJUE; Cooperación Judicial; Cuestión preliminar.

#### THE CJEU AS GUARDIAN OF FUNDAMENTAL RIGHTS WITHIN THE EU (DIGITAL RIGHTS IRELAND)

**ABSTRACT:** The CJEU declared the Data Retention Directive to be invalid by judgment of 8 April 2014. According to the CJEU the Directive impinged on the proportionality principle and, by doing so, infringed both the right to privacy and data protection enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter. This judgment ended the controversy derived from the Data Retention Directive.

This article analyses this controversy from the perspective of the role that national courts, the ECtHR and the CJEU may play to guarantee the fundamental rights in Europe. In this regard, the Digital Rights Ireland judgment might be a turning point in the CJEU case law because it applies a strict proportionality test as well as the European standards related to right to privacy and data protection. However, this case highlights the flaws within the European system of rights. In fact, even though scholars and courts almost unanimously considered that the Data Retention Directive violated fundamental rights, it took eight years to declare it null and void. Such a delay derives from the reluctance of courts towards judicial cooperation, although such cooperation is essential in Europe.

**KEY WORDS:** Data Retention; CJEU; Judicial cooperation; Preliminary ruling.

#### LA COUR DE JUSTICE EN TANT QUE GARANT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPEENNE (DIGITAL RIGHTS IRELAND)

**RÉSUMÉ:** La Cour de Justice a invalidé la directive sur la conservation des données par arrêt du 8 avril 2014. Selon la CJUE la norme ne respectait pas le principe de proportionnalité, violant ainsi le droit à la vie privée et à la protection des données recueillies dans les articles 7 et 8 CDFUE. Par cet arrêt elle a mis fin à la controverse générée par la directive sur la conservation des données.

Cet article examine la controverse de la perspective du rôle que les tribunaux nationaux, la CEDH et la CJUE sont appelés à jouer afin de garantir les droits en Europe. De fait l'arrêt Digital Rights Ireland peut signifier un revirement dans la jurisprudence de la Cour de Justice dans la mesure où elle y applique rigoureusement les paramètres de protection relatifs aux droits, ainsi que les standards européens en matière des droits à la vie privée et à la protection des données personnelles. Néanmoins, ce cas met également en évidence l'échec du système européen de protection des droits fondamentaux : Il a fallu

huit ans pour finalement expulser du système une directive de laquelle tribunaux et doctrine avaient considéré presque à l'unanimité qu'elle portait atteinte aux droits fondamentaux. Ce délai peut seulement être expliqué par la réticence des tribunaux à coopérer dans la protection des droits en dépit du caractère absolument essentiel de cette coopération en Europe.

MOTS CLÉS: Rétention de données; CJUE; Coopération judiciaire; Question préjudicielle.



# LOS OBSTÁCULOS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

GLORIA FERNÁNDEZ ARRIBAS  
y MONTSERRAT HERMOSÍN ÁLVAREZ\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL GRAVAMEN SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES EN ESPAÑA.
  1. DISPOSICIONES APROBADAS POR EL ESTADO.
  2. LAS CRECIENTES DISPARIDADES INTERNAS DE CARGA FISCAL.
- III. COMPATIBILIDAD DE LA REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES CON LAS LIBERTADES DE LA UE.
  1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y NO DISCRIMINACIÓN.
  2. EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE EMPRESAS Y PARTICIPACIONES EMPRESARIALES.
  3. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES.
- IV. REFLEXIÓN FINAL.

---

\* Gloria Fernández Arribas, Profesora Contratada Doctora Temporal del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla; Montserrat Hermosín Álvarez, Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. El presente estudio se inscribe en el Proyecto SUCTRUE (Sucesiones Transfronterizas en la Unión Europea: Problemas Jurídicos y Régimen Fiscal), financiado por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (P11-SEJ-7089).

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años se ha venido planteando la necesidad de enfrentar una reforma en profundidad del Derecho de sucesiones, tanto en los países de nuestro entorno como dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico interno.

En primer lugar, existen una serie de factores en la realidad social y económica, compartidos por muchos países, que inciden sobre la necesidad al menos de reflexionar acerca de una modificación del Derecho sucesorio a nivel europeo<sup>1</sup>. En este sentido basta destacar los datos ofrecidos por la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo (PE), al Consejo y al Comité Económico y Social acerca de los obstáculos transfronterizos derivados de los impuestos sobre sucesiones y donaciones, en la que se señalaba que 12,3 millones de ciudadanos europeos residían en un Estado distinto del suyo de origen en 2010, y que las posesiones transfronterizas de bienes inmuebles aumentaron un 50% entre 2002 y 2010<sup>2</sup>. La exigencia de un debate sobre el tema se ha iniciado ya en el seno de la Unión Europea aunque sea con ocasión de una cuestión *instrumental* ya que, en su momento, se abrió una consulta pública acerca de las posibles aproximaciones para remover los obstáculos a la fiscalidad transfronteriza en materia sucesoria en la Unión Europea<sup>3</sup>. Revisión que tiene que transitar obligatoriamente por una oportuna reforma de la fiscalidad en materia de sucesión *mortis causa*.

El problema sigue sin resolver ya que el 10/04/2014 la Comisión ha abierto una nueva consulta pública sobre el tema: «*Consultation on cross-border inheritance tax problems within the EU*»<sup>4</sup>. Varias son las razones que han lle-

---

<sup>1</sup> En este sentido, puede consultarse a ZOPPINI, A., *Le successioni in diritto comparato*, Utet, Torino, 2002 y a VAQUER ALOY, A., «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, 3/2007.

<sup>2</sup> Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Solventar los obstáculos transfronterizos derivados de los impuestos sobre sucesiones en la UE», COM (2011) 864 final, de 15.12.2011, p. 4.

<sup>3</sup> Puede consultarse la Contribución al proceso de consulta pública abierto por la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea sobre «Possible approaches to tackling cross-border inheritance tax obstacles within the EU»; HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., HORNERO MÉNDEZ, C., RAMOS PRIETO, J., y RODRÍGUEZ BENOT, A. Documento disponible en la Web: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/common/consultations/tax/inheritance/universidad\\_pablo\\_olavide.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/inheritance/universidad_pablo_olavide.pdf).

<sup>4</sup> Consulta pública abierta desde el 10/04/2014 hasta el 03/07/2014: «*Consultation on cross-border inheritance tax problems with the EU*»: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/common/consultations/tax/2014-04\\_inheritance\\_tax\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/2014-04_inheritance_tax_en.htm).

vado a la Comisión a abrir este proceso. En diciembre de 2011 la Comisión recomendó a los países de la Unión reformar sus legislaciones internas sobre sucesiones transfronterizas en aras a respetar la normativa comunitaria y evitar una doble imposición de las herencias dentro de la Unión Europea<sup>5</sup>. A través de esta consulta se valorará el impacto que ha tenido la recomendación, si persisten los problemas y la necesidad de promover nuevas medidas para solucionar los problemas tributarios de las sucesiones transfronterizas<sup>6</sup>.

Pero para determinar la capacidad de actuación de la UE respecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD) es necesario señalar en primer lugar cuáles son sus competencias en esta materia impositiva.

En este sentido, corresponde a la UE la determinación de los aranceles de la UE al ser la Unión Aduanera competencia exclusiva de la UE (artículo 3 TFUE), siendo de competencia compartida el mercado interior y por tanto aquellos impuestos que afectan al comercio intracomunitario<sup>7</sup>. En todo caso y con carácter general, los impuestos directos no se encuentran recogidos en los Tratados, y son competencia de los Estados miembros excepto en los mencionados supuestos relativos al mercado interior, que como se ha señalado es competencia compartida de la UE. De este modo los Estados conservan su competencia

---

<sup>5</sup> Recomendación de la Comisión (2011/856/UE), de 15 de diciembre de 2011, relativa a medidas encaminadas a evitar la doble imposición en materia de sucesiones, DO L 336, de 20.12.2011, p. 81. En este sentido señalaremos que el gravamen sobre las sucesiones y donaciones existe en la mayoría de los Estados miembros. Actualmente tienen establecido el Impuesto sobre Sucesiones países como Alemania, Reino Unido, Países Bajos, Luxemburgo, Francia, Finlandia, Grecia, Dinamarca, República Checa, Bélgica, Chipre, Irlanda, Bulgaria e Italia. Por su parte, no gravan las transmisiones gratuitas con una categoría tributaria específica países como Suecia, Lituania, Austria, Estonia, Polonia o Croacia. Hay países donde se han mantenido estos tributos y otros en los que se han ido reduciendo o suprimiendo en los últimos años. No obstante, podemos afirmar que en nuestro entorno está generalizado el gravamen sobre las sucesiones y donaciones.

<sup>6</sup> La Comisión se ha comprometido a realizar un informe a finales de 2014 para valorar los avances de las legislaciones de los Estados miembros. Puede consultarse al respecto el trabajo de MARTÍN ROMÁN, J., DEL BLANCO GARCÍA, A. «La problemática de las sucesiones transfronterizas en Europa», *Crónica Tributaria*, nº 115, 2014, pp. 115-145.

<sup>7</sup> Respecto de los impuestos indirectos, además de su mención en relación con su afectación al comercio intracomunitario y por lo tanto la prohibición de aquellos que afecten de manera negativa a la libre circulación de mercancías, el artículo 113 TFUE prevé también la posibilidad de armonización de legislaciones en la medida en sea necesario para garantizar el establecimiento y correcto funcionamiento del mercado interior. Se ha utilizado en materia de aduanas y de IVA, vid. TERRAS, B.J.M. y WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 9.

sobre estos impuestos si bien respetando las obligaciones establecidas por la UE en los casos en los que ésta haya ejercido su competencia. Para estos supuestos el artículo 115 TFUE recoge la posibilidad de aproximación de legislaciones -mediante adopción de directivas en el Consejo por unanimidad- con la finalidad de garantizar el establecimiento o funcionamiento del mercado interior<sup>8</sup>, medida que no se ha adoptado hasta la fecha en el caso del ISD, llevándose a cabo la aplicación del Derecho de la UE a través de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)<sup>9</sup>. En todo caso —y esto será relevante a la hora de analizar la compatibilidad de la legislación española con la normativa europea— a pesar de la libertad de que disponen los Estados miembros para diseñar sus sistemas fiscales, los mismos están obligados a respetar los Tratados a la hora de establecer el sistema tributario nacional, por lo que no podrán violarse las libertades de la UE ni el principio general de prohibición de discriminación por razón nacionalidad<sup>10</sup>.

Por otra parte, y a pesar de esta posibilidad de aproximación de legislaciones en materia de impuestos directos, la Comisión consideró que los problemas trasfronterizos relacionados con el ISD podrían ser resueltos sin necesidad de recurrir a dicha técnica<sup>11</sup>.

En el caso de España, la necesidad de una reforma del gravamen se plantea con carácter urgente. Pese a la amplia delimitación normativa de su objeto y hecho imponible, estamos ante una figura impositiva de modesta potencia recaudatoria, cuyo peso dentro del actual sistema tributario español se halla en franco retroceso. Por mucho que la exposición de motivos de la Ley 29/1987 subraye que este tributo cierra el marco de la imposición directa y contribuye a la redistribución de la riqueza, las estadísticas no llaman a engaño<sup>12</sup>. Esta debilidad recaudatoria no se debe sólo a la propia concepción

---

<sup>8</sup> Hasta la fecha se han adoptado cuatro directivas relativas a impuestos directos, *ibid.* p. 25.

<sup>9</sup> NARVAEZ, E.-J., «The influence of EU law on Inheritance Taxation: Is the Intensification of Negative Integration Enough to Eliminate Obstacles Preventing EU citizens from Crossing within the Single Market?», *EC Tax Review*, nº 2, 2012, p. 85.

<sup>10</sup> Comisión Europea, «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Regímenes del impuesto sobre sucesiones no discriminatorios que acompaña al documento Recomendación de la Comisión relativa a medidas encaminadas a evitar la doble imposición en materia de sucesiones», SEC (2011) 1488 final, de 15.12.2011.

<sup>11</sup> Vid. COM (2011) 864 final, *cit.*, p. 7.

<sup>12</sup> Según los datos ofrecidos por la AEAT ([www.estadief.meh.es](http://www.estadief.meh.es)) correspondientes al ejercicio 2011, último sobre el que se muestran datos oficiales, la recaudación total de las Comunidades Autónomas por este impuesto ascendió a 1.964.493 (miles de euros y

legal del tributo, sino también a una progresiva proliferación de beneficios fiscales, concretados fundamentalmente en forma de reducciones de la base imponible. Muchas de estas reducciones no estaban previstas en la configuración inicial del impuesto aprobada en 1987, sino que han sido añadidas con posterioridad, por el Estado en un primer momento y por las Comunidades Autónomas en una etapa más reciente.

Por lo demás, las deficiencias técnicas de la configuración del impuesto han sido fuertemente criticadas por un sector de la doctrina, que ha llegado incluso a cuestionar su propio mantenimiento por motivos de justicia fiscal. Tal discusión se ha trasladado hasta el ámbito político, donde se han dado a conocer diversas propuestas (en parte hechas ya realidad por algunas Comunidades Autónomas) tendentes a la práctica eliminación del gravamen de las transmisiones hereditarias realizadas dentro del núcleo familiar básico. En la medida en que las mismas constituyen el eje central de su materia imponible, ello conllevaría la desaparición de la mayoría de los contribuyentes afectados por el impuesto.

Pero el cambio más significativo que ha experimentado el régimen del tributo durante los últimos años ha venido propiciado por su regulación compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que estamos ante un tributo estatal pero cedido a las Haciendas Regionales. En la práctica se ha traducido en un amplio margen de maniobra para graduar la carga fiscal, lo que ocasiona no sólo desigualdades dentro del ámbito estatal sino también problemas de disparidad de trato con el resto de ciudadanos europeos, cuestión de la que nos vamos a ocupar en las páginas que siguen. Esta cuestión ha cobrado especial importancia tras la reciente sentencia de 3 de septiembre de 2014 en el asunto Comisión contra España<sup>13</sup>, en la que el TJUE ha condenado a España por violación del artículo 63 TFUE, y que será objeto de análisis en los siguientes

---

según criterio de caja). Para un análisis más detallado de los datos de recaudación del tributo vid. BARBERÁN LAHUERTA, M.A. y MELGUIZO GARDE, M., «La regulación autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Eficacia y efecto redistributivo», *Revista de Estudios Regionales*, nº 87, 2010, pp. 187-211.

<sup>13</sup> Sentencia de 3 de Septiembre de 2014, Comisión Europea/Reino de España, C-127/12, no publicada aún en la Recopilación. Previamente el TJUE ya se había pronunciado de igual modo en el asunto Welte, similar al caso español, y en el que había condenado a Alemania por considerar que su normativa sobre sucesiones es contraria a la libre circulación de capitales (artículos 56 y 58 CE) ya que diferenciaba entre residentes y no residentes, vid. Sentencia de 17 de Octubre de 2013, Yvon Welte/Finanzamt Velbert, C-181/12, no publicada aún en la Recopilación.

tes epígrafes, problema que ya fue adelantado por el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español<sup>14</sup>.

En este trabajo pretendemos analizar la compatibilidad de la regulación española con las distintas libertades, tomando principalmente en consideración la jurisprudencia del TJUE.

## II. EL GRAVAMEN SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES EN ESPAÑA

### 1. DISPOSICIONES APROBADAS POR EL ESTADO

En primer lugar, nos tendríamos que plantear cuáles podrían ser las posibles normas estatales que entrarían en contradicción con las libertades de la UE.

a) Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

En el artículo 32 de dicha Ley se contiene el alcance de la cesión y los puntos de conexión en el ISD. El mencionado precepto establece que se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento producido en su territorio. Para designar a la Comunidad Autónoma competente se fijan unos puntos de conexión. Así, en las adquisiciones mortis causa y en los seguros sobre la vida, será competente la Comunidad donde tuviera su residencia habitual el causante a la fecha del devengo. En las adquisiciones lucrativas *inter vivos* el punto de conexión depende de la naturaleza del bien transmitido. Si se dona un bien inmueble será competente la Comunidad Autónoma donde radique dicho bien. Si el bien objeto de la donación no tiene naturaleza inmobiliaria, será competente la Comunidad Autónoma donde tuviera su residencia habitual el donatario en la fecha del devengo.

b) Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Esta Ley constituye la norma estatal básica donde se establece el régimen jurídico del tributo y se regula la obligación personal y la obligación real de contribuir.

Respecto a la obligación personal dispone el artículo 6 que serán contribuyentes quienes tengan su residencia habitual en España, con independencia

---

<sup>14</sup> Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español, febrero 2014, p. 265.

de donde se encuentren situados los bienes o derechos que se adquieran<sup>15</sup>. Según el artículo 7 serán contribuyentes por obligación real de contribuir quienes adquieran bienes y derechos, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato haya sido realizado con entidades aseguradoras españolas o se haya celebrado en España con entidades extranjeras.

Una vez señalada la normativa española que regula las modalidades de sujeción al impuesto y los puntos de conexión es posible deducir que se plantean dos problemas evidentes. En primer lugar, que la contribución al impuesto mediante obligación real de contribuir conlleva la íntegra aplicación de la Ley estatal sin que se pueda aplicar ninguno de los beneficios aprobados por las diferentes Comunidades Autónomas. La aplicación por tanto de la Ley 29/1987 se llevará a cabo en los supuestos de herederos o donatarios no residentes en territorio español, y en los casos en los que los contribuyentes no tienen su residencia habitual en España pero adquieren bienes o derechos que están situados o pueden ejercitarse en territorio español.

Pero también pueden darse casos en la obligación personal de contribuir en los que será íntegramente de aplicación la Ley estatal, sin que el contribuyente pueda acceder a ninguno de los beneficios aprobados por las Comunidades Autónomas, debido a que por aplicación de los puntos de conexión es posible que no pueda declararse ninguna Comunidad Autónoma competente. Así, por ejemplo, si una persona física residente en Sevilla es beneficiaria de una herencia de un familiar residente en París, no se podría fijar una Comunidad Autónoma para conocer de este hecho imponible ya que, por aplicación del punto de conexión sería competente la Comunidad donde residiera el causante. En este caso, al residir el causante en el extranjero, el causahabiente tendría que aplicar íntegramente la legislación estatal sin posibilidad de acogerse a los beneficios fiscales establecidos por las Comunidades Autónomas en este tributo.

Por lo tanto, de estas disposiciones se deriva que habrá supuestos en los que, por existir algún elemento transnacional, sólo se pueda aplicar la ley estatal sin que los contribuyentes puedan acceder a los numerosos beneficios fiscales establecidos por nuestras Comunidades Autónomas. En definitiva, será aplicación la Ley 29/1987: cuando estemos ante herederos y donatarios no residentes (si son adquisiciones *inter vivos* de bienes y derechos que no

---

<sup>15</sup> Los representantes y funcionarios del Estado español en el extranjero también quedarán sujetos a este impuesto por obligación personal de contribuir.

tengan carácter inmobiliario); cuando el causante sea un no residente; y cuando se realicen donaciones de bienes inmuebles situados en el extranjero y el donatario sí sea residente en territorio español.

La cuestión es si con estas disposiciones se infringe la libre circulación de capitales ya que si, por ejemplo, el causante es un no residente el heredero no podrá acceder a los beneficios fiscales autonómicos desincentivándose de esta forma el hacer inversiones en España que no generan beneficios fiscales por razón de residencia. Lo que iría en contra de una reiterada jurisprudencia del TJUE que se ha pronunciado claramente en este sentido, como en su Sentencia de 11 de Diciembre de 2003 en el asunto Barbier<sup>16</sup>.

## 2. LAS CRECIENTES DISPARIDADES INTERNAS DE CARGA FISCAL

La reforma del ISD ha cobrado fuerza en España en los últimos años debido a los problemas de diversa índole que plantea su régimen jurídico.

En primer lugar, las disparidades entre las distintas Comunidades han acrecentado los problemas de deslocalización. En la actualidad existen grandes disparidades de carga fiscal en función de la residencia del transmitente, del lugar donde se ubiquen los inmuebles transmitidos e incluso, en determinados casos, en función de la residencia del adquirente. Tales disparidades se deben principalmente a las siguientes razones:

Por un lado, el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas les confiere unas amplias competencias normativas en el ISD. Así, pueden regular numerosos elementos del este tributo tales como reducciones de la base imponible, tarifa, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente de heredero y donatario, deducciones, bonificaciones de la cuota, gestión y liquidación.

En este sentido, la mayoría de Comunidades Autónomas han hecho uso de estas amplias competencias normativas. Quizás por imitación de lo que sucede en las Comunidades Forales de Navarra y el País Vasco, la línea común de actuación ha sido la práctica eliminación del impuesto en diversas Comunidades. En Aragón, Baleares, Madrid, Murcia o Valencia se ha suprimido para las transmisiones *mortis causa* a favor de los hijos menores de 21 años. En otros casos —como Madrid, Cantabria o Valencia— también se ha llegado a erradi-

---

<sup>16</sup> Sentencia de 11 de Diciembre de 2003, Barbier, C-364/01, Rec. p. I-15013, apartado 62.

car el gravamen sobre este tipo de transmisiones cuando se realizan en favor de cónyuges y descendientes. La Comunidad de Madrid ha sido pionera en esta línea de actuación<sup>17</sup>. Estableció para los residentes en ese territorio una bonificación del 99% en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, manteniéndose el 1% a meros efectos de control. Su ejemplo ha sido seguido en los casos citados. Tal y como ha advertido la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español, la Comunidad Autónoma de Valencia ha subordinado la bonificación para descendientes de los Grupos I y II a la circunstancia de que el causahabiente —y no sólo el causante— resida en el territorio de dicha Comunidad<sup>18</sup>. En nuestro ordenamiento interno esta discriminación ha desembocado en una Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo sobre dicha regulación autonómica (ATS 4789/2013).

No obstante, en la actualidad quedan algunas Comunidades que no han llevado a esos extremos las facultades conferidas sobre este impuesto cedido. Así, Andalucía ha establecido mejoras limitadas respecto a la normativa estatal centradas fundamentalmente en el hecho imponible de las adquisiciones *mortis causa*.

El segundo problema de la diferencia de tratamiento tributario de las sucesiones y donaciones en el territorio español deriva en el difícil encaje de las medidas autonómicas con las libertades fundamentales en el seno de la Unión Europea.

Por ello, es inevitable examinar a continuación la compatibilidad del ingente número de medidas fiscales introducidas por las mismas en el ISD con la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) la libre circulación de capitales (artículos 63 y 65 TFUE) y la libre circulación de personas (artículos 21 TFUE), tomando en consideración la jurisprudencia sentada por el TJUE.

En tercer lugar, la configuración de los puntos de conexión del impuesto, junto con los beneficios fiscales concedidos por las Comunidades, provocan que las situaciones en las que hay un elemento transnacional reciban un peor tratamiento tributario que las meramente internas.

---

<sup>17</sup> Con la aprobación de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

<sup>18</sup> *Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español*, febrero 2014, pág. 265.

### III. COMPATIBILIDAD DE LA REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES CON LAS LIBERTADES DE LA UE

El 5 de mayo de 2010 la Comisión, en el ejercicio de su competencia recogida en el artículo 258 TFUE, envió un Dictamen motivado a España para que modificara el régimen fiscal aplicable a las sucesiones y donaciones. En este dictamen se advertía a España que el régimen jurídico del tributo constituía un obstáculo a la libre circulación de personas y capitales, infringiendo los artículos 45 y 63 TFUE, dado que se estaba sometiendo a una carga tributaria mayor a los fondos de los no residentes o los activos radicados en el extranjero con el consiguiente perjuicio de pagar éstos más impuestos que los residentes en España o que en los casos de donación de bienes situados en España<sup>19</sup>.

Después de un segundo dictamen, y debido a la ausencia de modificación de la legislación española a fin de cumplir con las exigencias del primer Dictamen, la Comisión presentó una demanda ante el TJUE, emitiendo el mismo una sentencia sobre el asunto el 3 de septiembre 2014, y confirmando el incumplimiento por parte de España de sus obligaciones conforme al artículo 63 TFUE, no así respecto del artículo 21 TFUE, que también fue alegado por la Comisión en su demanda en vez del artículo 45 TFUE. En los siguientes epígrafes analizaremos por tanto las libertades comunitarias afectadas por la regulación española.

#### 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y NO DISCRIMINACIÓN

Tal y como se ha señalado, en nuestro Estado existen diferentes regulaciones y por tanto beneficios fiscales para los residentes en determinadas Comunidades Autónomas, siendo de aplicación a los no residentes o a los bienes

---

<sup>19</sup> Problema que había sido puesto de manifiesto de forma reiterada por parte de la doctrina. En este sentido, LÓPEZ DÍAZ, A., «La amenaza del derecho comunitario para ciertas deducciones autonómicas en el impuesto sobre sucesiones y donaciones», *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2009, p. 74; MORENO GARCÍA, S., «El tratamiento de los No Residentes en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: una reforma necesaria a la luz del Derecho de la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, n.º 4, 2010, pp. 11-18; RIBES RIBES, A., «Discriminatory inheritance taxation of non-residents in Spain: possible solutions», *European Taxation*, vol. 50, n.º 12, 2010, pp. 550-557.

situados en el extranjero el régimen estatal, y no pudiendo beneficiarse de las ventajas fiscales que ofrecen dichas Comunidades Autónomas. En este sentido, es necesario mencionar que con carácter general el TJUE se ha pronunciado sobre la compatibilidad de medidas tributarias establecidas por los Estados miembros y las libertades. Así, desde un primer momento, en el asunto Schumacker, el TJUE manifestó que «aunque en el estado actual del Derecho comunitario, la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de competencia de la Comunidad, no es menos cierto que los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario»<sup>20</sup>. En otros pronunciamientos posteriores el Tribunal ha seguido reiterando que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión y absteniéndose de toda discriminación basada en la nacionalidad<sup>21</sup>.

En el caso concreto de la regulación española del ISD, el establecimiento de estas diferencias por motivos de residencia o por el país donde se encuentren los bienes fue considerado por la Comisión como un régimen fiscal discriminatorio que obstaculiza la libre circulación de personas, aunque el TJUE en su reciente sentencia estimó que la Comisión no había acreditado en qué manera afectaba la legislación estatal al ejercicio de dicha libertad, ni la existencia de un nexo entre dicha normativa nacional y el artículo 21 TFUE.

En todo caso, consideramos necesario analizar en mayor profundidad esta cuestión, si bien es preciso señalar que estaríamos ante lo que se conoce como una discriminación encubierta, ya que no se basa en la nacionalidad, que se encuentra expresamente prohibida en el artículo 18 TFUE, pero tiene los mismos efectos<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Sentencia de 14 de Febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-00225, apartado 21.

<sup>21</sup> Sentencia de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, Rec. 1995 I-02493, apartado 16; Sentencia de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, p. I-05451, apartado 20; Sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-04071, apartado 32; Sentencia Barbier, *cit.*, apartado 36. En este sentido es necesario mencionar la opinión del Tribunal respecto de su potestad tributaria señalando que «los inconvenientes que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de su potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones prohibidas por el Tratado CE», Sentencia de 16 de Julio de 2009, Damseaux, C-128/08, Rec. p. I-06823, apartado 27.

<sup>22</sup> Como señalaba el TJUE en el asunto Schumacker, «las ventajas fiscales reservadas únicamente a los residentes de un Estado miembro pueden constituir una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad», Sentencia Schumacker, *cit.*, apartado 29; Vid. IGLESIAS CASAS, J.M., *No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 34-35, 81-85.

El concepto de discriminación se entiende como la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes<sup>23</sup>. Y es aquí donde radica la cuestión, ya que con carácter general el TJUE ha considerado que en materia de impuestos directos la situación de un residente y un no residente no serían comparables por lo general, siendo posible la aplicación de normas diferentes o el no otorgamiento de determinadas ventajas fiscales<sup>24</sup>. A pesar de ello, en numerosas ocasiones el TJUE también ha declarado contrario a Derecho de la UE determinadas normas nacionales que en materia impositiva establecían diferencias en función del lugar de residencia, siendo algunos de esos casos los relativos al ISD<sup>25</sup>. La razón de esta jurisprudencia se debía a que «ante una ventaja fiscal, de la que no disfrutara el no residente, una diferencia de trato entre estos dos grupos de sujetos pasivos puede calificarse de discriminación en el sentido del Tratado, si no existe ninguna diferencia de situación objetiva que pueda justificar una diferencia de trato en este punto entre ambas categorías de sujetos pasivos»<sup>26</sup>.

Tal y como se ha señalado, en los casos del ISD el TJUE ha considerado de aplicación el mismo trato a residentes y no residentes<sup>27</sup>, de hecho de los

---

<sup>23</sup> Sentencia Schumacker, *cit.*, apartado 30; Sentencia de 27 de junio de 1996, Asscher, C-107/94, Rec. p. I-03089, apartado 40; Sentencia de 14 de Noviembre de 2006, Kerckhaert and Morres, Rec. p. I-10967, apartado 19. En este último caso el matrimonio belga Kerckhaert-Morres, pretendía que su situación fuese considerada como diferente por estar recibiendo dividendos de acciones de una empresa establecida en otro Estado miembro por lo que aplicarles el mismo tipo impositivo que a los dividendos de acciones de sociedades establecidas en el estado belga era una discriminación, argumento que fue rechazado por el Tribunal.

<sup>24</sup> Sentencia Schumacker, *cit.*, apartados 31-34. Vid. TERRAS, B.J.M. y WATTEL, P.J., *European Tax...*, *op. cit.*, pp. 95-96; FORNIELES GIL, A. «Prohibiciones de discriminación y restricción a la libertades comunitarias: aproximación desde los procedimientos tributarios nacionales», en FERNÁNDEZ MARÍN, F. (dir.) y FORNIELES GIL, A. (coord.), *Derecho Comunitario y Procedimiento Tributario*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 201; Comisión Europea, «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Regímenes del impuesto sobre...», *cit.*, p. 3. Sobre el concepto de discriminación y su relación con el Impuesto sobre la Renta, vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. «Reflexiones en torno al concepto de discriminación: los obstáculos fiscales a la libre circulación de personas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 2, 1997, pp. 511-545.

<sup>25</sup> IGLESIAS CASAIS, J.M., *No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento...*, *op. cit.* p. 86

<sup>26</sup> Sentencia Asscher, *cit.*, apartado 42.

<sup>27</sup> Comisión Europea, «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Regímenes del impuesto sobre...», *cit.* p.3.

once asuntos que se han planteado ante el Tribunal en materia de sucesiones, en nueve de ellos el Tribunal ha declarado la normativa nacional discriminatoria y contraria al Derecho de la UE. En todo caso y a pesar de esta jurisprudencia del TJUE, se hace necesario mencionar que el propio Tribunal también ha considerado en reiterada jurisprudencia, como el asunto Block que afectaba a España, que «el Tratado no garantiza a un ciudadano de la Unión que el traslado de su residencia a un Estado miembro que no sea aquel en el que residía hasta entonces sea neutro en materia de tributación. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, tal traslado puede, según los casos, ser más o menos ventajoso para el ciudadano»<sup>28</sup>.

Sin embargo, la afectación de esta normativa discriminatoria a la libre circulación de personas no ha sido objeto de ninguna resolución judicial, ya que las mismas se han basado principalmente en la violación de la libre circulación de capitales. En todo caso el TJUE consideró que «los efectos de la normativa fiscal en materia de sucesiones están asimismo entre las consideraciones que un nacional de un Estado miembro puede válidamente tener en cuenta a la hora de decidir ejercer o no la libertad de circulación establecida por el Tratado»<sup>29</sup>.

En lo relativo a la normativa española, parece tener difícil ajuste con la jurisprudencia del TJUE el trato diferente y las ventajas fiscales otorgadas a los residentes en determinadas Comunidades Autónomas, pudiendo suponer por tanto un obstáculo a la libre circulación de personas en atención a lo señalado por el TJUE y recogido en el párrafo anterior. Esto es debido a la no existencia de alguna situación objetiva que justifique dicha diferencia de trato, ya que en el caso Español la cuantía del impuesto se calcula en función del valor de la transmisión no siendo por tanto determinante para valorar dicha transmisión el que el beneficiario o donatario de la misma resida o no en una determinada Comunidad Autónoma<sup>30</sup>, o que los bienes no se encuentren en la misma. Tal y como señaló el TJUE en el asunto Jäger «el cálculo del impuesto se halla directamente relacionado con el valor de los bienes incluidos en la herencia, por lo que no existe objetivamente ninguna diferencia de situación que pueda justificar una desigualdad de trato fiscal en lo que atañe al importe de la cuota del impuesto sobre sucesiones adeudado por un bien situado en Alemania y un bien situado en otro Estado miembro, respectivamente»<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Sentencia de 12 de Febrero de 2009, Block, C-67/08, Rec. p. I-00883, apartado 35.

<sup>29</sup> Sentencia Barbier, *cit.*, apartado 75.

<sup>30</sup> *Ibid.*, apartado 76.

<sup>31</sup> Sentencia de 17 de enero de 2008, Jäger, C-256/06, Rec. p. I-00123, apartado 44.

En cuanto a la posible aplicación de alguna de las excepciones que permitirían esta diferencia de trato, es necesario señalar que el artículo 21 TFUE recoge que el derecho a circular y residir estará sujeto «a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados», siendo por tanto de aplicación los límites recogidos en el artículo 45.3 TFUE relativos a orden público, seguridad y salud públicas, y que parecen tener difícil encaje en este caso<sup>32</sup>. Pero por otra parte, el TJUE también ha recogido determinadas excepciones que permiten un trato discriminatorio, siempre que tengan un objetivo legítimo compatible con el Tratado o si está justificado por razones imperiosas de interés general<sup>33</sup>, y que son de carácter eminentemente fiscal, como el reparto equitativo de la carga, la cohesión fiscal, la lucha contra la evasión fiscal y las dificultades procedimentales para la ejecución del tributo<sup>34</sup>. En todo caso, también parece de difícil aplicación al supuesto español dichas excepciones, que por otra parte no han sido nunca aceptadas por el TJUE en materia de ISD.

## 2. EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE EMPRESAS Y PARTICIPACIONES EMPRESARIALES

Como se ha puesto de manifiesto, el Dictamen motivado de la Comisión consideraba que la normativa española sobre ISD suponía un obstáculo a la libre circulación de personas, y conforme al artículo 21 TFUE, el concepto amplio de esta libertad nos permitiría incluir el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios<sup>35</sup>.

De este modo consideramos de interés, a pesar de no haberse estimado la violación del artículo 21 por parte del TJUE, realizar una referencia a la afectación de la regulación del ISD español al derecho de establecimiento debido, en primer lugar, a la jurisprudencia específica sobre la materia y, en segundo lugar, a que, como recogíamos anteriormente, el TJUE consideraba

---

<sup>32</sup> CONDINANZI, M., LANG, A. y NASCIBENE, B., *Citizenship of the Union and Freedom of Movements of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 29.

<sup>33</sup> TJUE Sentencia de 27 de octubre de 2007, Geurts y Vogten, C-464/05, Rec. p. I-09325, apartado 24.

<sup>34</sup> FORNIELES GIL, A. «Prohibiciones de discriminación y restricción...», *loc. cit.*, pp. 207-208.

<sup>35</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El Derecho de establecimiento», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, Mc Graw Hill, Madrid, 2000, p. 108.

que la regulación fiscal de un Estado miembro en materia de sucesiones podrá influir en la decisión de ejercicio de la libre circulación y que en el caso del derecho de establecimiento vendría a ser «el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada»<sup>36</sup>.

De este modo, el TJUE ha analizado en diversas ocasiones la compatibilidad de ciertas medidas aprobadas por los Estados miembros con el derecho de establecimiento del artículo 49 TFUE. En este sentido, y en lo referido a ISD, destaca la Sentencia del TJUE en el asunto Geurts y Vogten<sup>37</sup>, de interés para el caso español, y en la que se aborda esta problemática tras el fallecimiento de un residente belga que dejó como herederos a su esposa y a su hijo. En virtud del artículo 60 *bis*, apartado primero, letra b) del Código Belga del impuesto sobre sucesiones, quedaban exentas de este tributo «las participaciones en una sociedad familiar o los créditos contra una sociedad de este tipo, siempre que al menos el 50 por 100 de la empresa o de las participaciones en la sociedad hayan pertenecido al difunto y/o a su cónyuge interrumpidamente durante los tres años anteriores al fallecimiento y que se incluyan espontáneamente en la declaración del impuesto sobre sociedades».

Entre los bienes que dejó el causante se encontraban unas participaciones de dos sociedades domiciliadas en Maastricht que cumplían con la exigencia de haber empleado durante más de tres años a cinco trabajadores cada una. No obstante, la exención le fue denegada porque el apartado quinto del artículo 60 *bis*, exigía que la sociedad empleara al menos a cinco trabajadores en Bélgica, durante los tres años anteriores al fallecimiento. Los demandantes interpretaron que la aplicación de esta norma era contraria a lo dispuesto en los artículos 43 y 56 del TCE (actualmente arts. 49 y 63 TFUE). El TJUE resolvió este asunto afirmando que el artículo 43 TCE se oponía a la exclusión de exenciones a aquellas empresas que no hubiesen empleado al menos a cinco trabajadores en Bélgica durante los tres años anteriores al fallecimiento del causante, mientras se otorgaban a aquellas que los hubiesen empleado»<sup>38</sup>.

La norma en cuestión introducía por tanto una discriminación indirecta entre los sujetos pasivos del ISD, basada en el criterio del lugar en el que hayan empleado a un número de trabajadores durante un determinado período.

<sup>36</sup> Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame Ltd y otros*, C-221/89, Rec. p. I-03905, apartado 20.

<sup>37</sup> Sentencia *Geurts y Vogten*, *cit.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, apartado 29.

do; diferencia que puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento de dichos sujetos pasivos.

Con relación al caso español, en la Ley 29/1987 se establece por parte del Estado una reducción en el artículo 20.2.c), que recoge una minoración del 95% de la base imponible. La normativa estatal condiciona la aplicación de este beneficio fiscal al cumplimiento de una serie de requisitos objetivos, subjetivos y temporales<sup>39</sup>; pero ninguna de estas exigencias vulnera la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE. En particular, en ningún momento se supedita la aplicación de esta ventaja fiscal a que la entidad cuyas participaciones se transmiten *mortis causa* tenga su domicilio social en territorio español.

Sin embargo, hemos visto que el ISD es susceptible de ser modificado por las Comunidades Autónomas en algunos aspectos, como las reducciones a aplicar sobre la base imponible. Sobre este elemento del tributo pueden actuar en una doble vertiente. Por un lado, pueden crear nuevas reducciones «siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate». En segundo término, pueden regular las reducciones dispuestas por el Estado pero, en este caso, «manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla»<sup>40</sup>.

Muchas Comunidades han *mejorado* la reducción del artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987. Como hemos visto, la Ley 22/2009 les autoriza a mantener la reducción en condiciones similares a las establecidas por el Estado o mejorarla, fundamentalmente mediante la disminución de los requisitos para poder aplicarla. En ningún caso, se les permite a las Comunidades endurecer o restringir las condiciones para poder acogerse a este beneficio fiscal.

Sin embargo, Comunidades como Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León y La Rioja han *empeorado* este incentivo, incrementando el nivel de exigencias para poder aplicarlo. Para beneficiarse de esta reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en determinadas entidades es necesario que la entidad tenga su domicilio social en el territorio de la Comunidad y, en algún caso como el de La Rioja, tam-

---

<sup>39</sup> El artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987 condiciona su aplicación a las adquisiciones *mortis causa* por parte de cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

<sup>40</sup> Artículo 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre.

bién se ha requerido que el adquirente tenga su domicilio fiscal ubicado en ese mismo territorio<sup>41</sup>.

Pero lo que resulta aún más relevante en relación con el objeto de este trabajo, es que, además, tales normas irían en contra del derecho de establecimiento del artículo 49 TFUE. Según la jurisprudencia mencionada del TJUE no se puede supeditar la aplicación de un beneficio fiscal, en nuestro caso de una reducción por transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, a que la entidad tenga su domicilio social en el territorio no ya de un concreto Estado miembro, sino de una determinada Comunidad Autónoma; sin duda alguna, con este tipo de disposiciones que restringen la aplicación de significativos beneficios fiscales se obstaculiza la libertad de establecimiento.

### 3. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

Como se ha señalado, el TJUE ha confirmado la violación por parte de España del artículo 63 TFUE, que recoge la prohibición de restricciones a la libre circulación de capitales. Sobre la misma se ha pronunciado el TJUE en distintas ocasiones en materia de ISD señalando que constituyen restricciones a dicha libertad las que «provocan una disminución del valor de la herencia de un residente de un Estado miembro distinto de aquel en el que se sitúan los bienes afectados y que somete a tributación la adquisición por vía sucesoria de los citados bienes»<sup>42</sup>. En todo caso el TJUE no sólo se refiere a restricciones en su jurisprudencia, sino que ha venido a utilizar términos como «efecto disuasorio» u «obstáculo»<sup>43</sup>. Por otra parte el TJUE ha reconocido en diversos pronunciamientos la sucesión como «Movimiento de capitales de carácter personal» «salvo en los casos en que sus elementos constitutivos se encuentren situados en el interior de un solo Estado miembro»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Estas limitaciones podrían vulnerar también el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, según el cual las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, por lo que no adoptarán medidas que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos. Además deben mantener una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional.

<sup>42</sup> Sentencia Block, *cit.*, apartado 24.

<sup>43</sup> BARNARD, C. *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 469-471.

<sup>44</sup> TJUE. Sentencia Block, *cit.*, apartado 20.

En lo relativo a España resultan por tanto de interés aquellos asuntos en los que el Tribunal se pronunció acerca de la existencia de una discriminación no justificada por motivos de residencia y que vendrían a suponer un obstáculo<sup>45</sup> para la libre circulación de capitales<sup>46</sup>, siendo el primero de ellos, y que ha servido de base para el resto de la jurisprudencia del TJUE, el asunto Barbier. En este caso la normativa de los Países Bajos en materia de sucesiones permitía una cierta deducción a efectos fiscales únicamente a los fallecidos residentes en el Estado, lo que vino a ser considerado por el TJUE como contrario al Tratado al establecer una reducción del valor del patrimonio de un no residente superior al del residente<sup>47</sup>.

El TJUE se ha manifestado en sucesivas sentencias contrario al establecimiento de diferencias de trato y determinados beneficios fiscales. En ocasiones lo ha hecho en función de la residencia del difunto en el momento del fallecimiento, como en los asuntos Eckelkamp<sup>48</sup> y Arens Silken<sup>49</sup>, no permitiéndose respectivamente deducir del valor del inmueble las cargas hipotecarias ni las deudas sobre los bienes heredados. Y en otras ocasiones en función de la residencia de los herederos, como en el asunto Mattner, en el que el TJUE no encontró ninguna situación objetiva que permitiera justificar la aplicación de una desgravación fiscal sobre el ISD si alguna de las partes

---

<sup>45</sup> En materia fiscal LÓPEZ ESCUDERO clasifica los obstáculos como medidas discriminatorias (contrarias al artículo 63 TFUE), y medidas neutrales (limitaciones a la libre circulación pero que son consecuencia inevitable de la soberanía de los Estados en materia de imposición directa), vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Comments to M.C. Barreiro's paper: Internal Market and non-discriminatory tax obstacles. Analysis of the ECJ's judgement in case C-67/08, Block», en DIEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., BLÁZQUEZ NAVARRO, I. y FRUTOS MIRANDA, J. (coords.), *Últimas tendencias en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2012, p. 890.

<sup>46</sup> Sobre la afectación de la discriminación en materia impositiva a la libre circulación de capitales se ha pronunciado el TJUE en distintos asuntos, considerando que si bien la libre circulación prohíbe discriminaciones basadas en el lugar de domicilio de las sociedades, también es cierto que una discriminación puede consistir en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, vid. TJUE Sentencia de 6 de Diciembre de 2007, *Columbus Container*, C-298/05, Rec. p. I-10451, apartado 42. Sobre el trato diferenciado vid. también TJUE Sentencia de 20 de Mayo de 2008, *Orange European Smallcap*, C-194/06, Rec. p. I-03747, apartados 51 y 59.

<sup>47</sup> Sentencia Barbier, *cit.*, apartado 62.

<sup>48</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2008, *Eckelkamp*, C-11/07, Rec. p. I-06845, apartados 61-63.

<sup>49</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2008, *Arens-Sikken*, C-43/07, Rec. p. I-06887, apartado 51-55.

residía en el Estado<sup>50</sup>. En este sentido se pronuncia también el TJUE en su sentencia respecto al régimen español, señalando que «la posibilidad de que en virtud de la legislación estatal se dé un trato diferente a los sujetos pasivos en función de su residencia, aún cuando se encuentren en una situación comparable, puede bastar para tipificar una restricción a la libre circulación de capitales»<sup>51</sup>.

Pero el TJUE no se ha pronunciado únicamente respecto del establecimiento de un régimen discriminatorio en función del lugar de residencia. En el asunto *Jäger*, el Tribunal analizaba si la normativa alemana a efectos del Impuesto sobre Sucesiones vulneraba el principio de libre circulación de capitales ya que, en la valoración de los bienes comprendidos en la transmisión *mortis causa*, utilizaba un método menos favorable de estimación y de cálculo del impuesto adeudado respecto a un bien agrícola y forestal situado en otro Estado miembro»<sup>52</sup>.

En resumen, tal y como señala López Escudero, las disposiciones nacionales en materia fiscal suponen una violación de la libre circulación de capitales cuando «*they provide for lower tax allowances with respect to non-residents; when they provide for different rules for the valuation of assets that are part of the inheritance, depending on where valuation of assets are located; or when they restrict the deductibility of debts/liabilities related to assets that are part of the inheritance of non-residents*»<sup>53</sup>.

En lo referido a España, el desmesurado uso de competencias normativas por parte de algunas Comunidades Autónomas parece, en algunos casos, ir de

---

<sup>50</sup> Sentencia de 22 de abril de 2010, Mattner, C-510/08, Rec. p. I-00147, *cit.*, apartado 36.

<sup>51</sup> Sentencia de 3 de Septiembre de 2014, Comisión/España, *cit.*, apartado 66. Respecto de la residencia resulta necesario señalar que la no discriminación no es únicamente aplicable entre los residentes de países de la Unión Europea, sino que se extiende también a residentes de terceros Estados, tal y como recoge el artículo 63.1 TFUE y ha venido a confirmar el TJUE en su reciente sentencia en el asunto Welte, *vid.* Sentencia de 17 de Octubre de 2013, Welte, *cit.*

<sup>52</sup> Sentencia *Jäger*, *cit.*, apartado 57.

<sup>53</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «Comments to M.C. Barreiro's paper: Internal Market and non-discriminatory...», *op. cit.*, p. 888. El TJUE también indicó en su sentencia en el asunto Van Hilten lo que podrían considerarse como restricciones a los movimientos de capitales en el ámbito de las sucesiones, señalando que serían aquellas medidas que «provocan una disminución del valor de la herencia de un residente de un Estado miembro distinto de aquel en el que se sitúan los bienes afectados y que somete a tributación la adquisición por vía sucesoria de los citados bienes», TJUE Sentencia de 23 de Febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Rec. p. I-01957, apartado 44.

nuevo en contra de la normativa de la UE, ya que se establecen beneficios fiscales unidos a la residencia o al lugar donde radique el bien, como ejemplo de lo cual señalaremos algunos casos.

En primer lugar nos referiremos a las reducciones por transmisión de la vivienda habitual, ya que han sido muchas las Comunidades Autónomas que han regulado la reducción por transmisión de la vivienda habitual contemplada en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987<sup>54</sup>. Comunidades como Canarias, Extremadura y Galicia han incrementado el porcentaje de la reducción estatal, llegando en algunos supuestos al 100%, pero condicionan la aplicación del beneficio fiscal a la necesaria situación de la vivienda dentro del territorio de la Comunidad Autónoma competente. De este modo, tomando en consideración la jurisprudencia del TJUE, las mencionadas medidas parecen que tienen difícil encaje con la libertad de circulación de capitales.

En relación con las reducciones por transmisión de empresas y explotaciones agrícolas, varias Comunidades han regulado este tipo de reducciones fijando condicionantes más restrictivos que los establecidos por la legislación estatal. Así, Comunidades como Asturias, Galicia, Canarias, Castilla y León, La Rioja y Valencia exigen para la aplicación de este beneficio fiscal que el domicilio social de la entidad esté situado en el territorio de la Comunidad Autónoma. De nuevo, a la vista de lo manifestado por el TJUE, cabe concluir que este tipo de disposiciones que distinguen entre un mejor o peor tratamiento tributario, en función de la situación del bien transmitido, podríán ir en contra de libertad de circulación de capitales.

#### IV. CONCLUSIONES

A lo largo de estos últimos años se ha reflexionado acerca de la conveniencia de mantener un gravamen sobre las sucesiones y donaciones. En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea pervive un tributo de esta naturaleza, aunque se ha de reconocer que serían oportunas normas ordenadoras para un cierto grado de armonización y para reducir en este ámbito las fuertes disparidades que actualmente se registran, impropias de un espacio común, en aras a facilitar la coordinación y colaboración administrativas interestatales.

---

<sup>54</sup> Básicamente, el beneficio fiscal consiste en la posibilidad que tiene el contribuyente de reducir la base imponible del tributo en un 95%, con un límite máximo de 122.606,47 euros, siempre que se mantenga la adquisición de la vivienda durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante.

Respecto de la situación del ISD en España, el TJUE ha confirmado que la regulación española obstaculiza la libre circulación de capitales. De este modo puede hablarse de discriminación encubierta al establecerse ventajas fiscales a los residentes de Comunidades Autónomas, ya sea el causahabiente o los herederos, así como las empresas que tienen su domicilio social en las mismas, además de establecerse beneficios fiscales en función de si el bien se encuentra o no una determinada Comunidad Autónoma, todos ellos, consideramos, supuestos contrarios lo establecido por la jurisprudencia del TJUE, al no existir ninguna situación objetiva de diferencia de trato o excepciones de posible aplicación.

Como puede observarse, en la práctica existen importantes diferencias de tributación en función de cuál sea la Comunidad Autónoma competente para conocer del impuesto. Consideramos que no debe haber un espacio territorial con semejantes disparidades de carga fiscal. En este sentido, determinadas medidas autonómicas tienen difícil encaje con las libertades de la UE y la jurisprudencia del TJUE, tal y como acabamos de ver. Así, a un residente en la UE pero no residente en España, por aplicación de esta ingente normativa y de los puntos de conexión se le aplica la legislación estatal y no las disposiciones autonómicas donde se reconocen trascendentales beneficios fiscales, produciéndose de este modo a nuestro entender un obstáculo al ejercicio de las libertades comunitarias. Por ello, consideramos que sería conveniente comenzar por limitar las posibilidades de competencia fiscal y de deslocalización interna para evitar la divergencia en el tratamiento fiscal de las transmisiones mortis causa e *inter vivos*. Por un lado, se podrían modificar las facultades para establecer reducciones que lleven a la práctica supresión del tributo. Por otro, podría fijarse un mínimo de imposición estatal que deba ser respetado por todas las Comunidades y que evite la eliminación de facto del impuesto. Este mínimo común normativo tendría especial relevancia en la transmisión de empresas o participaciones en entidades, donde se aprecian las mayores divergencias entre las Comunidades. Sería conveniente que el Estado estableciera unos límites que determinen con claridad hasta dónde pueden llegar las Comunidades en ejercicio de sus competencias normativas.

Yendo más allá, en nuestra opinión, habría que considerar la regulación actual de los puntos de conexión que condicionan la sujeción al impuesto por obligación personal o real de contribuir, de tal modo que se permita aplicar la misma normativa a un no residente que a un residente. Consideramos necesaria una revisión del tema a efectos de evitar las disparidades que se traducen en una evidente competencia fiscal y que podrían perjudicar el ejercicio de las libertades comunitarias y la justicia de los sistemas tributarios nacionales.

## LOS OBSTÁCULOS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

**RESUMEN:** El gravamen sobre las sucesiones y donaciones se encuentra presente en la mayoría de los Estados miembros de la UE, no constituyendo por tanto un obstáculo en sí mismo para el ejercicio de las libertades fundamentales. Pero la regulación que de dicho gravamen se ha realizado en España debido a su cesión a las Comunidades Autónomas y por tanto la aplicación de regímenes diferentes para los residentes, bienes o causahabientes en dichas Comunidades, ha llevado al Tribunal de Justicia de la UE a considerar la existencia de un régimen discriminatorio que afecta al ejercicio de las libertades de la Unión Europea. De este modo, el Tribunal considera que, al aplicarse a los residentes o causahabientes en otros países de la UE así como a los bienes radicados en dichos países la normativa estatal que no contiene los beneficios fiscales de las autonómicas, se están incumpliendo las obligaciones establecidas en el art. 63 TFUE que recogen la libre circulación de capitales.

**PALABRAS CLAVE:** Libre circulación; Impuesto sucesiones y donaciones; Discriminación; Comunidades Autónomas; Residentes; Recurso por incumplimiento.

## THE OBSTACLES SPANISH REGULATION ON INHERITANCE AND GIFT TAX CREATES FOR THE EXERCISING OF THE EU FUNDAMENTAL FREEDOMS

**ABSTRACT:** Inheritance and gift tax is regulated in most of the EU member states; it does not, therefore, represent an obstacle to the exercise of the fundamental freedoms. Spanish regulation of this tax, however, through its transfer to the Autonomous Communities and the application of different tax systems for residents, goods and the deceased, has brought a proceeding for failure to fulfil before the CJEU by the Commission for undermining the full exercise of the European freedoms. The CJEU has considered that the application of national regulations—which do not include regional tax relief measures—to the residents or deceased persons in other EU member states, as well as to the goods established in those states, constitutes a breach of art. 63 TFEU that establishes the free movement of capital.

**KEY WORDS:** Freedom of movements; Inheritance and gifts tax; Discrimination; Autonomous Communities; Residents; Actions for failure to fulfil an obligation.

## LES ENTRAVES À L'EXERCICE DE LIBERTÉS EUROPÉENNES DE LA RÉGLEMENTATION ESPAGNOLE SUR L'IMPÔT SUR LES SUCCESSIONS ET LES DONATIONS

**RÉSUMÉ:** L'impôt sur les successions et les donations est présent dans la plupart des États membres de l'UE, il n'est donc pas un obstacle à l'exercice des libertés fonda-

mentales. Mais la réglementation espagnole de cette taxe, en raison de son transfert aux Communautés autonomes et la mise en œuvre d'un traitement fiscal différent pour les résidents, des biens et des personnes décédées, a conduit la Commission à considérer que ce système constitue un régime discriminatoire qui entrave l'exercice de libertés européennes et a engagé un recours en manquement devant la CJUE. La Cour a estimé que la mise en œuvre de la réglementation nationale, qui ne contient pas les avantages fiscaux régionaux, aux résidents ou les personnes décédées dans autres États membres de l'UE, ainsi que pour les marchandises établis dans ces États, constitue une violation de l'art. 63 TFUE qui contient la libre circulation des capitaux.

MOTS CLÉS: Libre circulation; Impôt sur les successions et les donations; Discrimination; Communautés autonomes; Résidents; Recours en manquement.



# LA CIUDADANÍA EUROPEA Y LA SUCESIÓN DE ESTADOS: A VUELTAS CON LAS IMPLICACIONES DE UNA SEPARACIÓN TERRITORIAL EN EL SENO DE LA UE

PAULA GARCÍA ANDRADE\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. BREVES NOTAS SOBRE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE NACIONALIDAD.
- III. LOS EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN LOS CIUDADANOS DE LA UE.
  1. EL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO TRAS LA SEPARACIÓN DE UNA PARTE DE SU TERRITORIO.
  2. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACIÓN TERRITORIAL PARA LOS CIUDADANOS DE LA UE ORIGINARIOS DE OTROS ESTADOS MIEMBROS.
- IV. EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA Y SU PAPEL EN UNA SUPUESTA «AMPLIACIÓN INTERNA» DE LA UE.
- V. ¿LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE SIN CIUDADANÍA EUROPEA?
- VI. CONCLUSIONES.

---

\* Doctora en Derecho. Profesora Colaboradora Asistente, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

El origen del presente trabajo se halla en mi participación en un seminario de expertos titulado «Secession within the Union: Intersection Points of International and European Law», celebrado el 23 de mayo de 2014 en la Universidad de Ámsterdam, por iniciativa de los Profesores Catherine Brölmann y Thomas Vandamme, en el cual planteé una aproximación preliminar al tema y cuyos resultados pueden ser consultados en la colección que, bajo el mismo título, está disponible en <http://ace1g.uva.nl/publications/secession.html>.

## I. INTRODUCCIÓN

La institución jurídica de la sucesión de Estados, a la que la práctica internacional ha contribuido con abundantes supuestos de aplicación a lo largo de la Historia<sup>1</sup>, suscita, en la actualidad, un renovado interés en el seno de la Unión Europea como consecuencia de los debates que se han venido desarrollando en algunos de sus Estados miembros en torno a las aspiraciones independentistas de partes de sus territorios. La ciudadanía, los partidos políticos, las instituciones gubernamentales se enfrentan así en Reino Unido y España, por citar aquellos países en que tales debates han alcanzado recientemente proporciones de mayor magnitud<sup>2</sup>, a los hipotéticos e inciertos efectos que podría provocar en el plano político, económico y social la separación de una parte del territorio del Estado con vistas a la conformación de uno nuevo. Es, por tanto, tarea obligada del jurista abordar una eventual modificación territorial de tales características a la luz de las reglas internacionales, europeas e internas que resulten de aplicación, intentando aportar respuestas a una problemática que generará probablemente interés de manera cíclica, a medida que surjan nuevas posturas independentistas en otras regiones de la UE.

Sin entrar a calificar la legalidad de una separación desde la perspectiva del Derecho internacional y del Derecho constitucional de los Estados implicados, la culminación de un proceso de esta naturaleza implicaría que el territorio escindido, que dejase de ser parte de un Estado miembro, abandonase automáticamente la UE<sup>3</sup>. Además de muchas otras consecuencias políticas y

---

<sup>1</sup> Véase MANGAS MARTÍN, A., «La sucesión de Estados», Capítulo XIII en Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 344-357.

<sup>2</sup> A la entrega de este trabajo, la población de Escocia se ha pronunciado en contra de la independencia del Reino Unido en un referendo celebrado el 18 de septiembre de 2014, mientras una consulta popular sobre la independencia de Cataluña ha sido convocada para el 9 de noviembre del mismo año.

<sup>3</sup> Véanse, entre otros, MANGAS MARTÍN, A., «La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 25, julio-diciembre 2013, pp. 47-68; MEDINA ORTEGA, M., *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2014; LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., «La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán», *REEL*, 26, 2013, pp. 19 y ss. o FREIXES SANJUÁN, T., «Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2014, pp. 297-329.

socioeconómicas, la separación de una parte del territorio de un Estado miembro de la Unión tendría notables repercusiones en el disfrute de una de las principales realizaciones del proceso de integración europea, el estatuto de ciudadanía de la UE, del que gozan los nacionales de los Estados miembros involucrados en un proceso de separación y el cual podrían dejar de disfrutar como consecuencia de la eventual pérdida de la nacionalidad de dicho Estado miembro. Asimismo, los ciudadanos europeos de otras nacionalidades que residan en el territorio de los nuevos Estados también se verían afectados, si no en su condición de ciudadanos de la UE, sí en el modo de ejercer algunos de los derechos que dicho estatuto concede.

Por todo ello, nos proponemos en las páginas siguientes analizar los efectos que un hipotético proceso de separación y consiguiente sucesión de Estados podría plantear en la situación jurídica de los nacionales de los Estados miembros implicados desde la perspectiva de la ciudadanía europea y los derechos asociados a ésta. A estos efectos, dado que la ciudadanía de la UE se fundamenta en la nacionalidad estatal de modo que tanto la obtención como el cese en el disfrute de la primera dependen de la titularidad o pérdida de la segunda, procede partir del estudio de las reglas y principios internacionales que rigen las cuestiones de nacionalidad en el marco de una sucesión de Estados (II) para, después, estar en condiciones de inferir las consecuencias que se proyectan sobre el estatuto de la ciudadanía de la Unión tanto de los nacionales de los Estados miembros involucrados como de los nacionales de los restantes Estados miembros, residentes en el territorio escindido (III).

Por otra parte, desde ciertas posturas independentistas, se ha venido argumentando que una eventual privación del estatuto de ciudadanía europea como consecuencia de la separación de parte del territorio de un Estado miembro imposibilitaría la salida automática de la UE de la región secesionista. De esta manera, en lugar de tener que solicitar su adhesión a la UE a través del procedimiento regulado en el art. 49 TUE, se defiende que el concepto mismo de ciudadanía europea permitiría a la nueva entidad política continuar siendo miembro de la UE, produciéndose así una «ampliación interna» de la Organización Internacional<sup>4</sup>. Por ello, se abordará, a continuación, el papel que el concepto

---

<sup>4</sup> Véanse las Preguntas parlamentarias con solicitud de respuesta escrita a la Comisión E-000395/2012, de 23.02.2012 y E-008133/12, de 17.09.2012; CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL, GENERALITAT DE CATALUNYA, «Las vías de integración de Catalunya en la Unión Europea», Informe nº 6, 14 de abril de 2014, disponible en [http://www20.gencat.cat/docs/Departament\\_de\\_la\\_Presidencia/Ambits\\_actuacio/CATN/Informes\\_publicats/inf\\_6\\_vies\\_integracio\\_cat\\_ue\\_castella.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/Ambits_actuacio/CATN/Informes_publicats/inf_6_vies_integracio_cat_ue_castella.pdf) (u.a. 29.09.2014), pp. 34-35;

de ciudadanía europea podría desempeñar en la pertenencia a la UE del hipotético nuevo Estado, estudiando, a estos efectos, la interpretación a aportar a la jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía (IV).

Para finalizar y tras haber descartado los argumentos anteriores, nos preguntaremos cómo podrían los nacionales de los nuevos Estados, que hubieran perdido la ciudadanía europea, seguir disfrutando de la esencia de dicho estatuto. Exploraremos de esta manera cómo sería posible garantizar el derecho a la libre circulación y residencia de personas hacia y en la UE a los nacionales de los hipotéticos nuevos Estados (V).

A título preliminar, nótese que la «sucesión de Estados» es definida en Derecho Internacional como «la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio»<sup>5</sup>. Si bien el Estado predecesor es entendido como aquel que es sustituido por otro a raíz de una sucesión de Estados y el Estado sucesor como aquel que procede a sustituir al anterior<sup>6</sup>, se presupone, en un proceso de separación, que el Estado predecesor continua existiendo, preservando la personalidad jurídica del Estado preexistente, aunque limitado geográficamente.

## II. BREVES NOTAS SOBRE SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE NACIONALIDAD

La ciudadanía de la UE, creada por el Tratado de Maastricht de 1992, se fundamenta en la nacionalidad de los Estados miembros, tal y como se establece en el art. 20.1 TFUE, de modo que la titularidad de esta última constituye el único modo de disfrute de la primera. Se configura así la ciudadanía europea como un estatuto que concede una serie de derechos individuales, anclado en la nacionalidad estatal. Corresponde a un poder exclusivo de los Estados miembros regular las cuestiones relativas a la atribución y pérdida de la nacionalidad<sup>7</sup>, por lo que la Unión carece de competencias para atribuir,

---

o O'NEILL, A., «A quarrel in a faraway country? Scotland, independence and the EU», Eutopia law, 14 de noviembre de 2011, disponible en <http://eutopialaw.com/2011/11/14/685/> (u.a. 29.09.2014).

<sup>5</sup> Art. 2.1.b) del Convenio de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, y art. 2.1.a) del Convenio de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 7 de abril de 1983.

<sup>6</sup> Art. 2.1.c) y d) y 2.1.b) y c) de los Convenios citados *supra*.

<sup>7</sup> Como señalaba la Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, aneja al Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, «[...] la cuestión de si una per-

por sí misma, el estatuto de ciudadanía europea<sup>8</sup>. Por consiguiente, cabría afirmar que *a priori*, en el momento en que parte del territorio de un Estado miembro se separase de éste, sus nacionales perderían su estatuto de ciudadanos europeos, siempre que dejasen de ser nacionales de dicho Estado miembro. La pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro conlleva la pérdida automática de la ciudadanía de la UE.

Ahora bien, dado que el cese en la titularidad de la nacionalidad de un Estado miembro no depende de la legislación europea, resulta necesario interrogarse acerca de los diversos escenarios que se pueden plantear en el contexto de una sucesión de Estados subsiguiente a un proceso de separación. Para ello, hemos de acudir al ordenamiento jurídico internacional y sus normas sobre sucesión de Estados, en concreto a aquellas dedicadas a la nacionalidad de las personas físicas.

Entre ellas, destaca la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y su Proyecto de Artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (en adelante, Proyecto de Artículos de la CDI), aprobados en forma de declaración por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>9</sup>, así como normas convencionales europeas en la materia tales como el Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997 o el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados de 2006<sup>10</sup>.

---

sona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. [...]».

<sup>8</sup> La falta de autonomía de la ciudadanía europea se advierte incluso en el procedimiento previsto para completar los derechos que atribuye, al necesitar de la aprobación de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 25, párrafo segundo, TFUE), lo cual influye evidentemente en la naturaleza jurídica de este estatuto. Véase al respecto PÉREZ VERA, E., «Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers», *Recueil des Cours*, vol. 261, 1996, pp. 243-425, en especial pp. 333-334 y 392, y con carácter general a propósito del establecimiento y sentido de la ciudadanía europea.

<sup>9</sup> Su texto figura como anexo a la Resolución de la AGNU 55/153, de 12 de diciembre de 2000. Como texto no vinculante, cabe citar también la «Declaración sobre las consecuencias de la sucesión de Estados respecto de la nacionalidad de las personas físicas», de 14 de septiembre de 1996, adoptada por la Comisión de Venecia, creada por el Consejo de Europa. Para un comentario del contenido de ambos, véase TORRES CAZORLA, M.I., *La sucesión de estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001.

<sup>10</sup> En vigor desde el 1 de marzo de 2000 y 1 de mayo de 2009, respectivamente. Nótese que Estados miembros de la UE, afectados en la actualidad por debates secesionistas como España o Reino Unido, no han ratificado estos convenios.

En línea con lo dispuesto con carácter general en el estado actual del desarrollo del Derecho internacional, se desprende de los textos internacionales citados que las cuestiones de nacionalidad se regirán fundamentalmente por el Derecho interno de los Estados implicados en una sucesión de Estados, esto es, las legislaciones del Estado predecesor y del Estado sucesor, respectivamente<sup>11</sup>. Ahora bien, el Derecho internacional impone determinadas restricciones y principios a tener en cuenta<sup>12</sup>. Así, los Estados involucrados en una sucesión de Estados deberían adoptar lo antes posible legislación sobre nacionalidad, informando a las personas afectadas de los efectos que dicha normativa tendrá sobre ellas, las opciones a su alcance y las consecuencias de su ejercicio<sup>13</sup>. A la hora de dictar tales reglas, los Estados deberán tener cuenta el derecho de toda persona a una nacionalidad; la obligación de evitar la apatridia como consecuencia de la sucesión de Estados<sup>14</sup>; el respeto de la voluntad de las personas afectadas; los principios de la unidad familiar y la no discriminación o la prohibición de adoptar decisiones arbitrarias<sup>15</sup>. Asimismo, se impone a los Estados involucrados en una sucesión de Estados una obligación de comportamiento respecto de la solución de las cuestiones relativas a la nacionalidad —mediante acuerdo entre ellos cuando corresponda—, que permita eliminar o mitigar los efectos perjudiciales del proceso y, especialmente, evitar posibles situaciones de apatridia<sup>16</sup>.

El Proyecto de Artículos de la CDI contiene, además, en su Parte II, disposiciones específicas aplicables a categorías concretas de sucesión de Esta-

---

<sup>11</sup> Art. 6 del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>12</sup> Véase el art. 3.2 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997. Si el Derecho internacional impone ciertos límites a la competencia del Estado en materia de nacionalidad, mayores cortapisas impondrá a su discrecionalidad ante un supuesto de dimensión internacional como es la sucesión de Estados: SAURA ESTAPÁ, J., *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 19.

<sup>13</sup> Art. 6 del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>14</sup> Para MARÍN LÓPEZ, se trataría de una obligación de medios y no de resultados, «pues no se puede asegurar estos a las personas sujetas a procedimientos o normas que no están en su poder»: MARÍN LÓPEZ, A., «Sucesión de Estados y cambio de nacionalidad. Las transformaciones territoriales en Europa en los años noventa», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2002, n° 18, pp. 125-170, en particular p. 132.

<sup>15</sup> Véanse los art. 1, 4, 11, 12, 15 y 16 del Proyecto de Artículos de la CDI; art. 4, 5 y 18 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997 y art. 2 a 4 y 7 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención de la apatridia en casos de sucesión de Estados de 2006.

<sup>16</sup> Art. 18.2 del Proyecto de Artículos de la CDI; art. 19 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997 y art. 13 del Convenio del Consejo de Europa de 2006.

dos resultantes de una modificación territorial. Por lo que se refiere a la separación de una parte del territorio<sup>17</sup>, supuesto que aquí interesa, el Proyecto de Artículos de la CDI detalla los supuestos en que el Estado sucesor ha de atribuir su nacionalidad, incluyendo a las personas con la nacionalidad del Estado predecesor que residan habitualmente en el territorio del Estado sucesor o tengan un vínculo jurídico apropiado con una unidad constitutiva del Estado predecesor que ahora forme parte del Estado sucesor<sup>18</sup>, así como a las personas que, no teniendo derecho a la nacionalidad de ninguno de los Estados involucrados según los criterios anteriores, tengan su residencia en un tercer Estado y estén vinculadas al Estado sucesor por su lugar de nacimiento, su última residencia habitual o cualquier otro vínculo apropiado<sup>19</sup>. Por otra parte, se establece que el Estado predecesor retirará su nacionalidad a las personas que, teniendo su nacionalidad, adquieran efectivamente la nacionalidad del Estado sucesor<sup>20</sup>. No podrá, sin embargo, retirar su nacionalidad a aquellos que reúnan las condiciones para adquirir la nacionalidad del Estado sucesor pero tengan su residencia habitual en el territorio del Estado predecesor; cuenten con otro vínculo jurídico apropiado con una unidad constitutiva del Estado predecesor; o, residiendo en un tercer Estado, les una al Estado predecesor su lugar de nacimiento, su última residencia habitual o cualquier otro vínculo apropiado<sup>21</sup>. Tanto la atribución de la nacionalidad del Estado sucesor como la retirada de la nacionalidad del Estado predecesor, siguiendo los parámetros indicados, han de entenderse sin perjuicio de la concesión de

---

<sup>17</sup> Sección cuarta de la Parte II del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>18</sup> Se remite así al vínculo jurídico que pudiera existir, por ejemplo, entre el individuo y un Estado en el interior de un Estado federal.

<sup>19</sup> Art. 24 del Proyecto de Artículos de la CDI. El art. 5 del Convenio del Consejo de Europa de 2006 indica también que el Estado sucesor deberá atribuir su nacionalidad para evitar la apatridia que pueda producirse como consecuencia de la sucesión de Estados, basándose en un criterio de residencia habitual y la referencia a otros vínculos apropiados.

<sup>20</sup> Art. 25.1 del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>21</sup> Art. 25.2 del Proyecto de Artículos de la CDI. El art. 6 del Convenio del Consejo de Europa de 2006 exige del Estado predecesor que no retire la nacionalidad a aquellos que no adquieran la nacionalidad del Estado sucesor y se conviertan en apátridas a resultas de la sucesión de Estados. El art. 18 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997 indica que los Estados involucrados en una sucesión de Estados deberán tener en cuenta, en relación con la adquisición o conservación de su nacionalidad, el vínculo efectivo y genuino con el Estado, la residencia habitual, la voluntad del individuo y su origen territorial.

un derecho de opción a aquellos que reúnan las condiciones para adquirir y conservar, respectivamente, dichas nacionalidades<sup>22</sup>.

Una vez que cada Estado involucrado haya procedido a dictar sus normas en materia de nacionalidad aplicables a la sucesión de Estados de conformidad con los principios indicados, cabe sostener que la ciudadanía del Estado predecesor podría quedar dividida en diversos grupos en función de su situación jurídica. En primer lugar, nos hallaríamos ante las personas que conserven la nacionalidad del Estado predecesor, hallándose entre ellas aquellas que no reúnan las condiciones para adquirir la nacionalidad del Estado sucesor o no deseen optar por adquirirla. Un segundo grupo de personas obtendría la nacionalidad del Estado sucesor, perdiendo la nacionalidad del Estado predecesor, consecuencia jurídica acorde con los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales mencionados. El Estado sucesor puede, en efecto, condicionar la atribución de su nacionalidad a la renuncia a la nacionalidad previa<sup>23</sup>, del mismo modo que el Estado predecesor puede disponer que la adquisición voluntaria de la nacionalidad del Estado sucesor implique la pérdida de su nacionalidad<sup>24</sup>. En todo caso, un Estado no debería condicionar la adquisición o conservación de su nacionalidad a la renuncia o pérdida de otra nacionalidad cuando ello no sea ni posible ni razonable<sup>25</sup>. Por último, encontraríamos a aquellos que podrían mantener ambas nacionalidades, la del Estado predecesor y la del Estado sucesor<sup>26</sup>. Los supuestos de doble nacionali-

---

<sup>22</sup> Art. 26 del Proyecto de Artículos de la CDI. Para una clarificación detallada del contenido del Proyecto de Artículos de la CDI y los ejemplos de la práctica internacional pertinentes en cada caso, nos remitimos a los Comentarios que acompañan al Proyecto, publicados en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1999), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1999, doc. A/54/10, pp. 25 y ss. Para un excelente estudio en profundidad de las reglas y la práctica de la sucesión de Estados en materia de nacionalidad, véase TORRES CAZORLA, M.I., *La sucesión de estados y sus efectos...*, *op. cit.* Asimismo, véanse ZIMMERMANN, A., «State Succession and the Nationality of Natural Persons - Facts and Possible Codification», en P.M. Eisemann, M. Koskenniemi (dirs.), *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested against the Facts*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 611-661; SAURA ESTAPÁ, J., *Nacionalidad y nuevas fronteras...*, *op. cit.*; o MARÍN LÓPEZ, A., «Sucesión de Estados y cambio de nacionalidad...», *op. cit.*

<sup>23</sup> Art. 9 del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>24</sup> Art. 10.1 del Proyecto de Artículos de la CDI. Véase también al respecto el art. 11 sobre el derecho de opción para evitar la apatridia.

<sup>25</sup> Art. 16 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997.

<sup>26</sup> Al conceder la posibilidad de que los Estados, predecesor y sucesor, prevean la pérdida de sus nacionalidades respectivas en caso de adquisición voluntaria de la otra

dad, los cuales han sido acogidos tradicionalmente con recelo por parte del ordenamiento internacional<sup>27</sup>, dependerán de lo que prevea la legislación interna de cada Estado afectado y presentan, como luego veremos, un interés evidente desde la perspectiva del Derecho de la UE.

### III. LOS EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN LOS CIUDADANOS DE LA UE

#### 1. EL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO TRAS LA SEPARACIÓN DE UNA PARTE DE SU TERRITORIO

El Derecho de la UE no debe intervenir, como ya apuntamos, en la regulación de quién conserva o pierde la nacionalidad de uno de sus Estados miembros, pues corresponde a una competencia exclusiva estatal, más aun cuando nos hallemos enfrentados a un contexto político que afecte a la integridad territorial y la identidad nacional de un Estado<sup>28</sup>. Únicamente será relevante atender al ordenamiento jurídico de la UE para deducir de éste los efectos que los distintos escenarios expuestos en el apartado anterior tendrán sobre el disfrute de la ciudadanía europea y sus derechos.

En primer lugar, aquellos que conserven la nacionalidad del Estado predecesor, esto es, del Estado miembro de la UE, preservarán también, como es evidente, la ciudadanía europea. Si estas personas residen en el territorio del Estado miembro, sus derechos como ciudadanos de la UE no se verán afecta-

---

nacionalidad, el art. 10 del Proyecto de Artículos de la CDI puede interpretarse en el sentido de que la doble nacionalidad prefiere ser evitada por los Estados.

<sup>27</sup> Entre la abundante doctrina en materia de doble nacionalidad, véase, por ejemplo, MARTIN, D.A., HAILBRONNER, K. (ed.), *Rights and Duties of Dual Nationals. Evolution and Prospects*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

<sup>28</sup> Art. 4.2 TUE. Véanse las respuestas del Presidente Barroso, de 28.08.2012 y 12.11.2012, a las preguntas parlamentarias con solicitud de respuesta escrita planteadas a la Comisión, E-007453/2012 y E-008133/2012, respectivamente. Destaca también, a estos efectos, la iniciativa ciudadana sobre el «Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva», presentada a la Comisión el 1 de abril de 2012 con el objetivo de garantizar que los ciudadanos de un nuevo Estado, resultante de una separación territorial, siguiesen siendo ciudadanos de la UE. La Comisión rechazó la iniciativa por hallarse fuera de las competencias de la UE, al no poder abordar las consecuencias de una secesión y fundarse la ciudadanía europea en la nacionalidad del Estado miembro (C(2012)3689, de 30.05.2012).

dos en modo alguno. Si, por el contrario, su residencia estuviese establecida en el territorio de lo que viene a conformar el Estado sucesor, el modo de ejercicio de sus derechos de ciudadanía sí se vería afectado, de la misma manera que les ocurriría a los ciudadanos europeos originarios de otros Estados miembros, como tendremos ocasión de analizar en el apartado siguiente. En todo caso, el Proyecto de Artículos de la CDI señala que la sucesión de Estados no podrá incidir en la condición jurídica de estas personas en cuanto residentes habituales del Estado sucesor<sup>29</sup>, mientras que el Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997 prevé que los nacionales del Estado predecesor que mantengan su residencia en el territorio del Estado sucesor, sin adquirir la nacionalidad de este último, deberán gozar del derecho a permanecer en el territorio en que residen y del derecho a la igualdad de trato respecto de derechos económicos y sociales, si bien podrán ser excluidos de los empleos en el sector público que impliquen el ejercicio de poderes soberanos<sup>30</sup>.

En segundo lugar, aquellas personas que adquieran la nacionalidad del Estado sucesor y que, como consecuencia de ello, pierdan la nacionalidad del Estado miembro, se verían privados del estatuto de ciudadanía europea y de todos los derechos asociados a éste al convertirse en nacionales de un país tercero. Con toda probabilidad, el derecho cuya pérdida mayores efectos puede hacer sentir en los individuos será el de libre circulación y residencia en los Estados miembros de la UE<sup>31</sup>, incluido el Estado predecesor.

La no pertenencia del nuevo Estado a la UE conllevaría la instalación de controles en las fronteras, ahora «exteriores», entre los Estados miembros y el Estado recién creado<sup>32</sup>. Sería también posible, aunque poco probable, la introducción, por parte de la UE, del requisito de contar con un visado para acceder al territorio de los Estados miembros, a través de la inclusión del Estado sucesor en la lista del anexo I del Reglamento nº 539/2001<sup>33</sup>. Además,

<sup>29</sup> Art. 14.1 del Proyecto de Artículos de la CDI.

<sup>30</sup> Art. 20 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997. Véase al respecto TORRES CAZORLA, M., *La sucesión de Estados y sus efectos...*, op. cit., p. 65.

<sup>31</sup> Art. 20.2.a) y 21 TFUE, completados por la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158, de 30.4.2004, p. 77.

<sup>32</sup> Reglamento nº 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 105, de 13.4.2006, p. 1.

<sup>33</sup> Reglamento nº 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de

la entrada y residencia de los nacionales del nuevo Estado al territorio de la UE requeriría cumplir con las exigencias impuestas a los extranjeros para obtener un permiso de residencia o de trabajo, en condiciones mucho más estrictas, como es evidente, que las aplicables en el seno del régimen europeo de la libre circulación. A estas personas sería de aplicación el acervo de la UE en materia migratoria y, en particular, las diversas directivas adoptadas en materia de inmigración legal e irregular a través de las normativas estatales de transposición de las mismas<sup>34</sup>.

Por último, resta referirse a aquellos que mantendrían ambas nacionalidades, la del Estado predecesor y el Estado sucesor. Las situaciones de doble nacionalidad permitirían a sus titulares disfrutar de los derechos que les concede la ciudadanía europea al trasladarse a otro Estado miembro de la UE, sea el Estado predecesor o cualquier otro. Mientras residan en el nuevo Estado, ejercerán sus derechos de ciudadanía en el modo que analizaremos en el apartado siguiente, equiparándose su situación a la de aquellos ciudadanos europeos, originarios de otros Estados miembros, que residen en el territorio que se separa. No obstante, no parece que esta situación pudiese perdurar por mucho tiempo, ya que diversas legislaciones en materia de nacionalidad limitan que se perpetúen generaciones de nacionales residiendo en el extranjero<sup>35</sup>.

---

visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L 81, de 21.3.2001, p. 1. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque los nacionales del hipotético nuevo Estado estuvieran exentos de presentar un visado Schengen para acceder a la UE, el visado Schengen del que fueran titulares otros extranjeros no daría derecho a circular libremente por los territorios de los nuevos Estados, países terceros respecto de la UE. Como señala A. Schrauwen, esto haría menos atractivo para los turistas provenientes de fuera de la UE incluir a los nuevos Estados en un *tour* por Europa, consideración a tener en cuenta por parte de la industria turística de los territorios secesionistas (SCHRAUWEN, A., «Secession and the Loss of Rights for EU Citizens», en Brölmann, C., Vandamme, T. (eds.), *Secession within the Union: Intersection points of International and European Law*, online pub. ACELG-ACIL University of Amsterdam, July 2014, p. 63. A no ser, evidentemente, que el nuevo Estado asumiese como propia la lista de países terceros cuyos nacionales están exentos de presentar un visado para entrar en la UE (anexo II del Reglamento 539/2001), en detrimento de la soberanía reclamada.

<sup>34</sup> Véase al respecto PEERS, S., «What happens to British expatriates if the UK leaves the EU?», Blog EU Law Analysis, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com/es/2014/05/what-happens-to-british-expatriates-if.html> (u.a. 29.09.2014). Aunque aborda el escenario de una posible retirada de Reino Unido de la UE, su análisis sobre los efectos en los ciudadanos resulta extrapolable a un proceso de separación territorial que afecte a un Estado miembro de la UE.

<sup>35</sup> SCHRAUWEN, A., «Secession and the Loss of Rights...», *op. cit.*, p. 60. En el caso de España, véase el art. 24.3 del Código Civil, el cual regula la pérdida de la nacionali-

La doble nacionalidad presenta, sin duda, un notable interés a efectos del disfrute del estatuto de ciudadanía europea en el contexto que estamos analizando<sup>36</sup>. Ciertamente es que, en una situación concreta, podría considerarse que la nacionalidad efectiva de un individuo con doble nacionalidad sería la del Estado sucesor, Estado tercero respecto de la UE, en virtud de criterios de domicilio o residencia que impliquen un vínculo genuino entre el individuo y el Estado<sup>37</sup>. Sin embargo, de la jurisprudencia clásica del TJUE iniciada con el asunto *Micheletti*, se desprende claramente que la nacionalidad efectiva del individuo en cuestión, a los efectos del Derecho de la UE, ha de ser la nacionalidad del Estado miembro, como consecuencia de un ejercicio de los poderes estatales en materia de nacionalidad que tome en consideración el Derecho de la Unión y garantice su efecto útil<sup>38</sup>. El Tribunal de Justicia ha especificado, además, que el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro tenga también la nacionalidad de un país tercero, en el que reside, no le priva de sus derechos en virtud del Derecho de la UE<sup>39</sup>, aunque ello afecte de alguna manera a su modo de disfrute.

Se deduce, en todo caso, de las consideraciones anteriores que estamos asumiendo que el Estado predecesor habría reconocido la situación jurídico-política resultante de la separación de una parte de su territorio. En efecto, la adopción de normativa reguladora de las cuestiones de nacionalidad en este contexto, asumiendo los efectos jurídicos de la adquisición de la nacionalidad del nuevo Estado, podría considerarse un acto, al menos implícito, de reconocimiento del mismo. Sin embargo, no cabría descartar la posibilidad de que el Estado miembro no reconozca al nuevo Estado surgido de un proceso de secesión *stricto sensu*, que pudiera ser contrario a la legalidad internacional e interna<sup>40</sup>. Las reglas sobre los efectos de la sucesión de Estados en

---

dad española de los nacidos y residentes en el extranjero de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando el país de residencia les atribuya su nacionalidad, salvo que declaren su voluntad de conservar la nacionalidad española en un plazo de tres años desde su mayoría de edad o emancipación.

<sup>36</sup> El Mundo, «Junqueras aboga por la doble nacionalidad por el «lazo emocional» con España», 22 de septiembre de 2013; Government of Scotland, «Scotland's Future: Your Guide to an Independent Scotland», 26 de noviembre de 2013, <http://www.scotland.gov.uk/resource/0043/00439021.pdf> (u.a. 29.09.2014).

<sup>37</sup> Asunto *Nottebohm*, Sentencia de 6 de abril de 1955, CIJ, Rec. 1955, p. 23.

<sup>38</sup> Sentencia de 7 de julio de 1992, *Micheletti*, C-369/90, Rec., p. I-4239, apdos. 10-11.

<sup>39</sup> Sentencia de 2 de octubre de 1997, *Saldanha*, C-122/96, Rec., p. I-5325, apdo. 15.

<sup>40</sup> Respecto de la concepción e implicaciones de la secesión en tanto que creación de una nueva entidad estatal a partir de la separación de una parte del territorio de un Estado

materia de nacionalidad sólo serían aplicables ante una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el Derecho internacional<sup>41</sup>, por lo que, a los efectos que aquí interesan, no existiría deber alguno por parte del Estado miembro de regular las consecuencias de la separación en su legislación sobre nacionalidad, ni de seguir los principios y pautas antes apuntados. En ese caso, por tanto, la población del territorio escindido que gozase, antes de la secesión, de la nacionalidad del Estado miembro seguiría disfrutando de la ciudadanía europea en virtud de la conservación de dicha condición.

Para finalizar este apartado, procede referirse siquiera brevemente a los casos de Groenlandia y Chipre, los cuales demostrarían una cierta inclinación de la UE por la búsqueda de soluciones flexibles, pragmáticas e imaginativas<sup>42</sup>. Sin embargo, a nuestro entender, estos ejemplos no resultarían pertinentes por lo que respecta a la cuestión de la ciudadanía europea. En relación con Groenlandia, la exclusión respecto de la UE de este territorio autónomo bajo soberanía de Dinamarca no supuso que los ciudadanos groenlandeses no pudieran disfrutar de la ciudadanía europea con base en su nacionalidad danesa<sup>43</sup>. Este territorio abandonó la UE, pero no se separó de un Estado miembro<sup>44</sup>. En un contexto bien diferente, la suspensión de la aplicación del acer-

---

existente sin el consentimiento de éste, véase, entre otros, DUGARD, J., «The Secession of States and their Recognition in the wake of Kosovo», *Recueil des Cours*, vol. 357, 2011, pp. 9-222, así como LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., «La secesión de territorios...», *op. cit.*

<sup>41</sup> Así lo prevé el art. 3 del Proyecto de Artículos de la CDI. Lo mismo se desprende del art. 6 de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 y del art. 3 de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983.

<sup>42</sup> Véase CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL, GENERALITAT DE CATALUNYA, «Las vías de integración...», *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>43</sup> Tratado por el que se modifican los Tratados que establecen las Comunidades Europeas en relación con Groenlandia, hecho en Bruselas el 13 de marzo de 1984, DO L 29, de 1.02.1985, p. 1. Sus relaciones con la UE se rigen por la Cuarta Parte del TFUE relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar (en particular, art. 204 TFUE) y el Protocolo nº 34 anejo a los Tratados sobre el régimen particular aplicable a Groenlandia.

<sup>44</sup> Lo mismo ha ocurrido, por ejemplo, con San Bartolomé, colectividad de ultramar del Estado francés, que en 2012 dejó de formar parte de la UE y se asoció a la misma también bajo el marco de las relaciones con los países y territorios de ultramar. Sus ciudadanos siguen disfrutando del estatuto de la ciudadanía europea. Véase la Decisión del Consejo Europeo nº 2010/718, de 29 de octubre de 2010, por la que se modifica el estatuto respecto de la Unión de la isla de San Bartolomé, DO L 325, de 9.12.2010, p. 4.

vo europeo en el Norte de Chipre, como consecuencia de su adhesión a la UE en 2004 sin haber resuelto el conflicto que divide a la isla, no afecta a los derechos individuales de sus ciudadanos. La población del Norte de la isla disfruta de la ciudadanía europea siempre que gocen de la nacionalidad de la República de Chipre, Estado miembro de la UE. Estos ejemplos sólo permiten evidenciar cómo la ciudadanía europea continúa asociada a la nacionalidad estatal. Quizás el fundamento exclusivo de la ciudadanía europea en la nacionalidad de los Estados miembros y la falta de intervención de la Unión en su concesión puedan resultar criticables<sup>45</sup>, pero el Derecho de la UE, al menos en su estado actual, no permite dar una respuesta distinta: el disfrute de la ciudadanía europea va indisolublemente ligado a la nacionalidad de un Estado miembro.

## 2. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACIÓN TERRITORIAL PARA LOS CIUDADANOS DE LA UE ORIGINARIOS DE OTROS ESTADOS MIEMBROS

La separación de una parte del territorio de un Estado miembro para convertirse en un nuevo Estado independiente repercutiría igualmente sobre la situación jurídica de aquellos ciudadanos de la UE, nacionales de otros Estados miembros y residentes en el territorio secesionista, quienes pasarían de residir en la Unión, en un espacio sin controles en las fronteras internas, a hallarse establecidos en el territorio de un país tercero.

Como es evidente, estas personas no perderían por ello su estatuto de la ciudadanía europea, dado que ésta depende exclusivamente de la nacionalidad de un Estado miembro. Ahora bien, no puede realizarse una afirmación tan categórica respecto del modo de hacer valer cada uno de los derechos que este estatuto concede. Procedamos a revisarlos.

El derecho a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de otros Estados miembros en un tercer país cuando el Estado miembro de origen no tenga representación en él no se vería afectado en modo alguno, teniendo en cuenta que no exige, por su propia naturaleza, ni la residencia, ni la presencia del ciudadano en el territorio de un Estado miembro<sup>46</sup>. Lo

<sup>45</sup> En este sentido, véase, por ejemplo, KOCHENOV, D., «*Ius Tractum* of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights», *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, nº 2, 2009, pp. 169-237, en particular pp. 182 y ss.

<sup>46</sup> Art. 20.2.c) y 23 TFUE.

mismo cabe afirmar en relación con los que podríamos calificar de «derechos impropios» de ciudadanía, como son el derecho de petición al Parlamento Europeo, el derecho de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo y el derecho de dirigirse a las instituciones y órganos consultivos de la Unión en cualquier de las lenguas oficiales de los Tratados y de recibir una respuesta en esa misma lengua<sup>47</sup>. Todos estos derechos podrían ser ejercidos por ciudadanos europeos no residentes en la UE<sup>48</sup>.

Los ciudadanos europeos que residan en el territorio del Estado sucesor no perderán su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros cuando se trasladen a éstos. No obstante, verían afectado el modo de ejercer ese derecho desde su lugar de residencia, convertido en el territorio de un Estado tercero, dado que implicaría cruzar una «frontera exterior» para acceder al Estado miembro en que deseen ejercer tal derecho. El control de dicha frontera se reforzaría, si bien para los titulares de la libre circulación no podría tratarse de una inspección minuciosa, pero sí de carácter mínimo<sup>49</sup>. La separación territorial también afectaría, por supuesto, al fundamento de su residencia en el territorio del Estado sucesor, pues ya no estarían haciendo uso de su derecho de libre circulación y residencia en virtud del Derecho de la UE. Nada impediría, sin embargo, al nuevo Estado conceder a los ciudadanos europeos, sobre la base de su legislación interna, un régimen administrativo similar al de la libertad de circulación que rige en la Unión, previsión poco probable en ausencia de condiciones de reciprocidad para los nacionales de los nuevos Estados en el territorio de los Estados miembros<sup>50</sup>.

Por último, es necesario referirse a los derechos de participación política de que gozan los ciudadanos de la UE en relación con las elecciones municipi-

---

<sup>47</sup> Art. 20.2.d) y 24 TFUE.

<sup>48</sup> Véanse los art. 227 y 228 TFUE, por los que se regula el derecho de petición al Parlamento Europeo y el derecho de dirigir una reclamación al Defensor del Pueblo Europeo, respectivamente, en los que tales derechos son atribuidos a los ciudadanos de la UE, así como a cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, condición que, a juzgar por la redacción de los preceptos mencionados, no resulta predicable de los ciudadanos europeos.

<sup>49</sup> Cfr. art. 7.2 y 7.3 del Reglamento nº 562/2006 por el que se establece el Código de Fronteras Schengen.

<sup>50</sup> Ténganse en cuenta también los efectos que podrían producirse en materia de Seguridad Social ya que, en aplicación del Reglamento nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, de 30.04.2004, p. 1), el pago de las prestaciones adquiridas bajo los sistemas de seguridad social de varios Estados miembros se garantiza únicamente a aquellas personas que residen en el territorio de los Estados miembros.

pales y al Parlamento Europeo. El Derecho de la UE exige la garantía de estos derechos respecto de los ciudadanos europeos que residen en un Estado miembro del que no son nacionales<sup>51</sup>, sin regular la situación de los ciudadanos de la Unión que tengan su residencia fuera de ésta. Este último aspecto dependerá de la legislación nacional del Estado miembro de origen del ciudadano europeo<sup>52</sup>. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en este sentido en el asunto *Eman y Sevinger*, relacionado con ciudadanos europeos que residían en países y territorios de ultramar, por lo que su argumentación puede ser aplicada también a los residentes en países terceros<sup>53</sup>. Así, como ha indicado el Tribunal, las disposiciones del Tratado no confieren a los ciudadanos europeos un derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo de carácter incondicional, sino que se limitan a exigir que los ciudadanos de la UE residentes en un Estado miembro del que no son nacionales disfruten de ese derecho en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de residencia<sup>54</sup>. También se desprende de dicho asunto que el criterio de la residencia en los Estados miembros, que éstos pueden imponer para conceder el derecho de participación en las elecciones europeas en uso de su facultad discrecional al respecto, no es un requisito arbitrario ni irrazonable, siempre que sea conforme con el principio de no discriminación<sup>55</sup>.

#### IV. EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA Y SU PAPEL EN UNA SUPUESTA «AMPLIACIÓN INTERNA» DE LA UE

Tan importante como clarificar los efectos que una separación de una parte del territorio de un Estado miembro de la UE tendría sobre el estatuto de ciu-

---

<sup>51</sup> Art. 20.2.b) y 22 TFUE, así como la Directiva 93/109 del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DO L 329 de 30.12.1993, p. 34), modificada por la Directiva 2013/1 del Consejo, de 20 de diciembre de 2012 (DO L 26 de 26.1.2013, p. 27).

<sup>52</sup> A estos efectos, véase ARRIGHI, J.T. *et al.*, «Franchise and electoral participation of third-country citizens residing in the European Union and of European Union citizens residing in third countries», *Study*, European Parliament, 2013, PE 474.441.

<sup>53</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2006 (Gran Sala), *Eman y Sevinger*, C-300/04, Rec., p. I-8060.

<sup>54</sup> *Ibid.*, apdos. 52-53.

<sup>55</sup> *Ibid.*, apdos. 54 y ss.

dadanía europea de que disfrutaban sus nacionales, resulta analizar el papel que dicho estatuto en sí mismo podría jugar en el futuro jurídico-internacional del Estado sucesor resultante de dicho proceso. En efecto, desde algunas posiciones independentistas, se ha defendido la idea de la denominada «ampliación interna» de la UE, por la que esa parte del territorio que desea independizarse de un Estado miembro no dejaría de pertenecer a la UE<sup>56</sup>. Según esta teoría, en el momento de su separación del Estado miembro, el nuevo Estado sería considerado como Estado miembro de la UE de manera ininterrumpida, recurriendo, entre otros, al argumento de que una eventual privación de los derechos individuales que el estatuto de ciudadanía europea confiere permitiría rechazar su salida automática de la UE<sup>57</sup>.

El Derecho internacional no permite sostener, con carácter general, que un nuevo Estado surgido de un proceso de separación territorial pueda suceder al Estado predecesor en su calidad de miembro de una Organización Internacional<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> MATAS, J., *et al.*, «The Internal Enlargement of the European Union», Centre Maurits Coppieters, Bruselas, 2010, disponible en <http://irla.cat/documents/the-internal-enlargement-of-the-EU.pdf> (u.a. 29.09.2014). También referida como «escenario de permanencia» en CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL, GENERALITAT DE CATALUNYA, «Las vías de integración...», *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>57</sup> CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL, GENERALITAT DE CATALUNYA, «Las vías de integración...», *op. cit.*, pp. 34-35; O'NEILL, A., «A quarrel...», *op. cit.*, para pronunciarse en favor de una sucesión en la pertenencia a la UE del Reino Unido por parte de una Escocia independiente y el resto del Estado británico; Pregunta parlamentaria con solicitud de respuesta escrita a la Comisión E-008133/12, de 17.09.2012. Para la posición contraria, véanse Ministerio español de Asuntos Exteriores y Cooperación, «Por la convivencia democrática», marzo de 2014, p. 104, así como CRAWFORD, J., BOYLE, A. «Opinion: Referendum on the Independence of Scotland – International Law Aspects», UK Government, December 2012) <[www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/79408/Annex\\_A.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79408/Annex_A.pdf) (u.a. 29.09.2014), pp. 104 y ss. DOUGLAS-SCOTT afirma que la ciudadanía europea no provocaría la pertenencia automática a la UE de una Escocia independiente, pero que serviría de argumento para una simple reforma de los Tratados a través del art. 48 TUE: DOUGLAS-SCOTT, S., «How easily could an independent Scotland join the EU?», *University of Oxford Legal Research Paper Series*, XXX/2014, p. 19.

<sup>58</sup> Véase MANGAS MARTÍN, A., «La sucesión de Estados», *op. cit.*, pp. 350 y ss., así como los trabajos citados *supra* nota 3. Respecto de la práctica internacional, véanse, entre otros, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Notas sobre la práctica de las Organizaciones Internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembro de la Organización», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1962, pp. 465-508 o BÜHLER, K.G., «State Succession, Identity/Continuity and Membership in the United Nations», en P.M. Eisemann, M. Koskenniemi (dirs.), *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested against the Facts*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 187-326.

La doctrina de la «ampliación interna» defiende, sin embargo, que la sucesión automática en la pertenencia a una Organización Internacional como la UE sería posible con base en o con la ayuda del carácter singular del vínculo que une a ésta con sus ciudadanos, cuya vocación, como afirmó el TJUE, «es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»<sup>59</sup>.

A estos efectos, se ha recurrido a la jurisprudencia del TJUE sobre la ciudadanía europea y, en concreto, a su sentencia dictada en el famoso asunto *Rottmann*, relacionado con la privación del mencionado estatuto<sup>60</sup>. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia admite que la privación de la nacionalidad alemana al Sr. Rottmann y, por consiguiente, de la ciudadanía de la UE, constituye una situación regida por el Derecho de la UE<sup>61</sup>. En el caso que nos ocupa, cabría argumentar que la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro o Estado predecesor, consecuencia de la adquisición voluntaria de la nacionalidad del Estado sucesor, se hallaría también bajo el ámbito de aplicación del Derecho de la UE por cuanto que supone la pérdida de la ciudadanía europea. Ahora bien, ello no implica necesariamente que la medida deba ser considerada contraria al Derecho de la UE, ni tampoco que tenga por consecuencia generar una obligación de proteger los derechos adquiridos por los ciudadanos que impidan, en su caso, la salida de la UE del territorio del que serían nacionales.

En efecto, en el asunto *Rottmann*, el Tribunal no entiende que la medida controvertida —la revocación de la nacionalidad alemana adquirida por naturalización— fuese incompatible con el ordenamiento jurídico de la UE<sup>62</sup>. La privación de la nacionalidad constituía una medida legítima fundamentada en el fraude o engaño cometido en la adquisición de dicha nacionalidad, por lo

---

<sup>59</sup> Entre otras, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C 184/99, Rec. p. I-6193, apdo. 31, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C 413/99, Rec. p. I-7091, apdo. 82 y Sentencia de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, Rec., p. I-11613, apdo. 22.

<sup>60</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala), *Rottmann*, C-135/08, Rec., p. I-1449.

<sup>61</sup> *Ibid.*, apdo. 42. Por contra, en el asunto *Kaur*, el Tribunal de Justicia indica que no se produce una privación de derechos a los que pudiera aspirar con arreglo al Derecho de la UE una persona no comprendida en la definición de nacional del Reino Unido, pues tales derechos nunca nacieron a favor de dicha persona: Sentencia de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, C-192/99, Rec. 2001, p. I-1252, apdo. 25.

<sup>62</sup> El hecho de que la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro tuviera en el supuesto que analizamos una dimensión colectiva en lugar de individual como en *Rottmann* no parece que tuviera incidencia sobre la cuestión. Véase, en este sentido, ATHANASSIOU, P., SHAELOU, S.L., «EU Accession from Within? – An Introduction», *Yearbook of European Law*, 2014, 1, pp. 22-23.

que resultaba conforme con el Derecho internacional aplicable, incluso en caso de que supusiera convertir al individuo en apátrida<sup>63</sup>. Por último, no se cuestionó la legitimidad de la privación de la nacionalidad, aunque ello tuviera por consecuencia la pérdida de la ciudadanía europea, siempre que la medida fuese proporcional tanto en función del Derecho de la Unión como del Derecho nacional<sup>64</sup>.

Empleando los mismos parámetros que el Tribunal de Justicia en *Rottmann*, sería posible entonces afirmar que la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro como consecuencia de la adquisición de la nacionalidad de un tercer Estado resulta conforme con las reglas internacionales que así lo permiten. Como se ha señalado anteriormente, en el marco de una sucesión de Estados, el Estado predecesor puede disponer que la adquisición voluntaria de la nacionalidad del Estado sucesor conlleve la pérdida de su nacionalidad<sup>65</sup>, aunque el límite impuesto por la obligación de evitar la apatridia sí resultaría de aplicación en este caso<sup>66</sup>. Si el Tribunal no apreció que una medida de privación de nacionalidad que podía convertir al individuo en apátrida fuese contraria al Derecho de la UE por suponer la pérdida de la ciudadanía europea<sup>67</sup>, entendemos que menos problemática aún sería una medida que provoca la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro como consecuencia de la adquisición voluntaria de la nacionalidad de un tercer Estado<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010, C-135/08, ya citada, apdos. 50-54. Véanse el art. 8.2.b) de la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 y el art. 7.1 y 3 del Convenio europeo sobre Nacionalidad de 1997.

<sup>64</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010, C-135/08, ya citada, apdos. 55-56, donde, además, el Tribunal aporta una serie de criterios a tener en cuenta por el juez nacional en su valoración de la proporcionalidad.

<sup>65</sup> Véanse los art. 10.1 y 25.1 del Proyecto de Artículos de la CDI, así como el art. 7.1.a) del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997.

<sup>66</sup> Art. 11.4 del Proyecto de Artículos de la CDI y art. 7.3 del Convenio europeo sobre nacionalidad de 1997.

<sup>67</sup> Para una visión crítica de esta respuesta del Tribunal, véanse, entre otros, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «TJUE – Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala), Janko Rottmann c. Freistaat Bayern, Asunto C-135/08. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 933-950; KOCHENOV, D., «Case C-135-/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010», *Common Market Law Review*, 47, 2010, pp. 1831-1846 o la colección de trabajos publicada en SHAW, J. (ed.), *Has the European Court of Justice Challenged Member States Sovereignty in Nationality Law?*, *EUI Working Paper RSCAS*, 2011/62.

<sup>68</sup> No siendo posible hablar en ese caso de «privación» de la nacionalidad al intervenir la voluntad del individuo. En este sentido, véase PÉREZ VERA, E., «Citoyenneté...»,

Además, aceptar que el disfrute del estatuto de la ciudadanía europea constituye un interés superior a proteger frente a cualquier regla estatal relacionada con la adquisición y pérdida de la nacionalidad no parece jurídicamente posible. En ese caso, se estaría atentando contra el poder de los Estados miembros de regular las cuestiones relativas a la determinación de quiénes son sus nacionales, infringiendo así el art. 20.1 TFUE por el que se determina que la ciudadanía europea se fundamenta en la nacionalidad de un Estado miembro e incluso contraviniendo el art. 4.2 TUE que asegura el respeto, por parte de la Unión, de la identidad nacional de sus Estados miembros<sup>69</sup>.

En todo caso, para asegurar que la eventual medida de privación de la nacionalidad del Estado miembro que actúe como Estado predecesor es conforme con el Derecho de la UE, ésta habrá de cumplir con los parámetros arriba indicados de modo que se garantice que dicho Estado no retira su nacionalidad y, por consiguiente, la ciudadanía europea de manera arbitraria, ni desproporcionada.

En favor de la idea de una «ampliación interna» de la UE, también podría alegarse la jurisprudencia del TJUE que, partiendo del asunto *Rottmann*, se desarrolla con el asunto *Ruiz Zambrano* y es posteriormente continuada en los asuntos *McCarthy*, *Dereci* u *O.S.* En estas sentencias, el Tribunal de Justicia considera contrarias al Derecho de la UE las medidas nacionales cuyo efecto sea «privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadanía de la Unión»<sup>70</sup>, entendiéndose como tal el derecho de libre circulación y residencia en los Estados miembros<sup>71</sup>. En los casos mencionados, se cuestionaban decisiones adoptadas por los

---

*op. cit.*, p. 308. Como se afirma en ATHANASSIOU, P., SHAELOU, S.L., «EU Accession from Within?...», *op. cit.*, p. p. 23, el test de proporcionalidad sería menos exigente que en el supuesto en que la consecuencia sea la apatridia.

<sup>69</sup> En este sentido, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 30 de septiembre de 2009, *Rottmann*, C-135/08, apdos. 24-25. Como señala el AG, la imposibilidad de revocar la nacionalidad de un Estado miembro por suponer la pérdida de la ciudadanía europea llevaría a «la solución paradójica en que lo accesorio determinaría lo principal: el mantenimiento de la ciudadanía de la Unión permitiría exigir el mantenimiento de la nacionalidad de un Estado miembro» (apdo. 24).

<sup>70</sup> Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, Rec. p. I-1177, apdo. 42; Sentencia de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09, Rec. p. I-3375, apdo. 47; Sentencia de 15 de noviembre de 2011, *Dereci*, C-256/11, Rec. p. I-11315, apdo. 64; Sentencia de 6 de diciembre de 2012, *O.S.*, C-356/11 y 357/11, apdo. 45.

<sup>71</sup> Conclusiones de la Abogado General Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, punto 80. Entre la abundante doctrina, nos remitimos

Estados miembros por las cuales se procedía a la expulsión de un extranjero, miembro de la familia de un ciudadano de la UE. Tales medidas de expulsión son consideradas contrarias al art. 20 TFUE y, por tanto, al propio estatuto de ciudadanía europea, en la medida en que se dé la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado, como consecuencia de la expulsión de su familia, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, pues de hacerlo así «se privaría de efecto útil a la ciudadanía de la Unión»<sup>72</sup>. El contexto que aquí analizamos es, sin embargo, bien distinto a los supuestos que son objeto de la jurisprudencia citada. La privación de nacionalidad operada *ex lege* como consecuencia de la adquisición de la nacionalidad de un tercer Estado en el marco de un proceso de separación territorial no responde a la lógica que subyace en estos asuntos. Así, no estaríamos frente a la privación de uno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía de la UE, la libre circulación y residencia, que vacíe de contenido dicho estatuto, sino que el Estado miembro – Estado predecesor habría privado al individuo de su nacionalidad, esto es, del fundamento del estatuto de ciudadanía europea, aún en manos de los Estados miembros. Los supuestos no son, por tanto, equiparables.

En suma, entendemos que una eventual «ampliación interna» de la UE con base en el concepto de ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros no se sostiene jurídicamente, sino que el hipotético nuevo Estado se vería obligado a solicitar su adhesión a la UE conforme al art. 49 TUE en caso de desear pertenecer a la Organización<sup>73</sup>. Con todo, aunque el TJUE pudiera considerar que la privación de la ciudadanía europea operada como consecuencia de una separación territorial fuese contraria al Derecho de la UE, no parece que fuera posible inferir de

---

al comentario de IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia a la ciudadanía de la Unión», *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011, pp. 1-22.

<sup>72</sup> Sentencia de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, apdo. 67 y Sentencia de 6 de diciembre de 2012, C-356/11 y 357/11, apdos. 47-48, ambas citadas *supra*.

<sup>73</sup> Véase también la argumentación desarrollada en MEDINA ORTEGA, M., «Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 25, julio-diciembre 2013, pp. 69-86, en particular pp. 81 y ss., así como MEDINA ORTEGA, M., *El derecho de secesión...*, *op. cit.*, pp. 108, 129 y ss. La Profª. Mangas califica de «absurda» la teoría de la ampliación interna sin solicitud de adhesión que, de aceptarse, exigiría no obstante revisiones de los Tratados por unanimidad en virtud del art. 48 TUE: MANGAS MARTÍN, A., «La secesión de territorios en un Estado miembro...», *op. cit.*, pp. 60-61.

ello un derecho de una entidad territorial a seguir perteneciendo a una Organización Internacional. Como mucho, los nacionales del Estado sucesor que hubieran gozado de la ciudadanía europea como nacionales del Estado predecesor podrían mantener el estatuto de ciudadanía y los derechos adquiridos con base en éste, pero ello no otorgaría al nuevo Estado la membresía automática de la UE al carecer la organización política del territorio escindido de derechos adquiridos<sup>74</sup>.

Otro obstáculo a la idea de una «ampliación interna» fundamentada en el estatuto de la ciudadanía europea, aunque de menor importancia que los anteriores, sería de orden procesal, pues resulta cuando menos dudoso que el TJUE tuviera ocasión de pronunciarse acerca de esta cuestión<sup>75</sup>. Antes de que se hiciera efectiva la separación territorial y, por tanto, la salida de la UE del territorio afectado, sería complicado que un asunto real y no hipotético fuese planteado ante un tribunal interno de manera que permitiese el recurso a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia que le concede el art. 267 TFUE. Con anterioridad a la separación, cabría plantearse que el Estado miembro afectado y el territorio secesionista comenzasen a negociar un acuerdo para regular las cuestiones de nacionalidad que pudieran surgir en la futura sucesión de Estados, pero en dicho acuerdo no cabría intervención alguna de la UE al carecer de competencias para ello, por lo que el TJUE no podría pronunciarse tampoco en virtud de la competencia consultiva prevista en el art. 218.11 TFUE. En todo caso, de hallar una vía procesal adecuada, el TJUE se vería, a nuestro entender, limitado por la obligación de la UE de respetar la integridad territorial y la identidad nacional de sus Estados miembros, consagrada en el art. 4.2 TUE<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Véase MOLINA, I., «Independentismo e integración europea (I): la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado», *ARI Real Instituto Elcano*, nº 80, 2012, disponible en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org) (u.a. 29.09.2014) y MANGAS MARTÍN, A., «La secesión de territorios en un Estado miembro...», *op. cit.*, p. 64.

<sup>75</sup> En este sentido, véase CRAWFORD, J., BOYLE, A. «Opinion: Referendum on the Independence of Scotland...», *op. cit.*, p. 105.

<sup>76</sup> También se ha planteado la posibilidad de justificar la preservación de la ciudadanía europea de los nacionales de un nuevo Estado sobre la base de la controvertida existencia de una norma consuetudinaria sobre sucesión automática en los tratados sobre protección de los derechos humanos. Véase GOUNIN, Y., «Les dynamiques d'éclatementes d'États dans l'Union européenne!: casse-tête juridique, défi politique», *Politique étrangère*, 4, 2013, nota 28 en p. 21.

## V. ¿LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE SIN CIUDADANÍA EUROPEA?

Tras concluir que los nacionales del Estado nacido de la separación de una parte del territorio de un Estado miembro de la UE perderían la condición de ciudadanos europeos sin que, por otra parte, dicho estatuto permita al nuevo Estado formar parte de la UE sin solución de continuidad, parece oportuno reflexionar acerca de las posibilidades con que contarían dichos individuos para continuar disfrutando, al menos, de uno de los derechos más importantes que concede la ciudadanía europea, esto es, el derecho a la libre circulación y residencia en la UE, considerado la esencia de dicho estatuto.

La primera opción sería, por supuesto, la de la adhesión a la UE de ese nuevo Estado, tras seguir los trámites ordinarios previstos en el art. 49 TUE y habiendo descartado cualquier otra vía de «ampliación interna» de la UE. De no ser viable tal escenario por falta de voluntad del nuevo Estado de formar parte de la UE o por las dificultades políticas que se deriven del voto por unanimidad que exige todo proceso de adhesión a la misma, una alternativa consistiría en la celebración de un acuerdo internacional entre la UE y el nuevo Estado, por el que se acordase la extensión del régimen de libre circulación de personas, en condiciones de reciprocidad, a los ciudadanos de las Partes. De esta manera, se equipararía la situación de los nacionales del Estado recién creado a la de los nacionales de Noruega, Islandia, Liechtenstein, por una parte, y Suiza, por otra, en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y del Acuerdo relativo a la libre circulación de personas, respectivamente<sup>77</sup>.

Para ello, sería necesario recurrir a la firma de un acuerdo de asociación, figura prevista en el art. 217 TFUE. Nuestra inclinación por el empleo de la competencia externa específica de la asociación encuentra una justificación jurídica en el reparto de competencias externas entre la UE y sus Estados miembros. Si bien la UE no cuenta con una competencia externa expresa en materia de libre circulación de personas, habría que plantearse la posibilidad de deducir una competencia externa implícita de la base jurídica de los Tratados por la que se atribuye competencia interna a la Unión en la materia,

---

<sup>77</sup> Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho en Oporto el 2 de mayo de 1992, en vigor desde el 1.01.1994, DO L 1, de 3.01.1994, p. 3 y Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, en vigor desde el 1.06.2002, DO L 114, de 30.04.2002, p. 6.

siempre que la celebración de acuerdos internacionales facilite o contribuya a la realización del objetivo de dicha competencia interna<sup>78</sup>. Sin embargo, esta operación concreta no nos parece jurídicamente posible, precisamente, porque no se justifica que la conclusión de un acuerdo internacional por el que se extienda la libre circulación de personas a nacionales de un tercer Estado pueda contribuir de alguna manera a la realización del derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, la garantía del derecho regulado en el art. 21 TFUE no necesita de una dimensión exterior que reconozca ese mismo derecho a nacionales de terceros Estados. Asimismo, tampoco sería posible recurrir a una competencia externa implícita deducida del art. 79.2.a) TFUE relativo a la inmigración legal de nacionales de terceros países, ya que la lógica que inspira a esta política difiere claramente del fundamento de la libertad de circulación que estaría en la base del acuerdo pretendido<sup>79</sup>. Por ello, el modo de solventar la ausencia de competencias externas específicas en la materia, tanto expresas como implícitas, sería recurrir a la conclusión de un acuerdo de asociación, dado que, como afirmó el Tribunal de Justicia, el art. 217 TFUE permite a la Unión asumir «compromisos frente a terceros Estados en todos los ámbitos cubiertos por el Tratado»<sup>80</sup>. Esta argumentación explica que el Acuerdo de Libre Circulación de Personas UE-Suiza, cuya propuesta inicial de decisión de conclusión se fundamentaba en una competencia externa implícita derivada de los preceptos relativos a las libertades de los ciudadanos europeos<sup>81</sup>, se haya fundado finalmente en el art. 217 TFUE, de manera que una única decisión del Consejo sirvió para concluir siete acuerdos sectoriales con Suiza, incluido el relativo a la libre circulación de personas, como si se hubiese tratado de un único acuerdo de asociación<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Tal y como se deduce de la doctrina de las competencias externas implícitas, consagrada en la jurisprudencia del TJUE y ahora codificada en el art. 216.1 TFUE.

<sup>79</sup> Véase GUILD, E., PEERS, S., «Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law», en Peers, S., Rogers, N. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, pp. 81-114, en particular p. 99.

<sup>80</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, 12/86, Rec. p. 3719, apdo. 9. Véanse también las Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 19 de mayo de 1987, *Demirel*, 12/86, apdo. 14.

<sup>81</sup> Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por un parte, y la Confederación Suiza, por otra parte, COM (1999) 229, de 4.05.1999.

<sup>82</sup> Decisión nº 2002/309 del Consejo y de la Comisión respecto al Acuerdo de cooperación científica y tecnológica, de 4 de abril de 2002, sobre la celebración de siete

El recurso a la figura del acuerdo de asociación, siendo jurídicamente necesaria en virtud del principio de atribución competencial, podría presentar dificultades en el plano político, al requerir también el voto por unanimidad en el seno del Consejo<sup>83</sup>. No estaría tampoco exento de controversias, como consecuencia de las complicaciones derivadas de la probable ausencia de reconocimiento de los nuevos Estados por parte de algunos de los Estados miembros de la UE, no sólo en tanto que miembros de la Organización Internacional con la que dicha entidad celebraría un acuerdo internacional, sino también como Partes independientes en el mismo al tratarse con toda seguridad de un acuerdo mixto<sup>84</sup>.

A este respecto, el precedente de la negociación de un acuerdo de asociación con Kosovo no ayudaría mucho a la oposición que pudieran plantear aquellos Estados miembros contrarios al reconocimiento de un nuevo Estado surgido de la separación de una parte de su territorio. En efecto, en el mes de octubre de 2013, la Comisión inició las negociaciones de un Acuerdo de Asociación y Estabilización con Kosovo en la línea de los acuerdos similares suscritos con otros países de los Balcanes<sup>85</sup>. El obstáculo de la falta de reconocimiento de Kosovo como Estado por parte de ciertos Estados miembros pretende ser presumiblemente salvado mediante la inclusión de una declara-

---

Acuerdos con la Confederación Suiza, DO L 114, de 30 de abril de 2002, p. 1. Si bien la extensión de las libertades de circulación exigen aplicar el mismo argumento competencial, la calificación del Acuerdo EEE como acuerdo de asociación se explica por cuanto que aborda diversas materias que son objeto de cooperación al modo de un acuerdo de asociación ordinario. Hemos analizado esta cuestión en mayor profundidad en GARCÍA ANDRADE, P., «Privileged Third-Country Nationals and Their Right of Free Movement and Residence to and in the EU: Questions of Status and Competence», en Guild, E., Gortázar Rotaèche, C.J., Kostakopoulou, D., (eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2013, pp. 111-131.

<sup>83</sup> Art. 218.8, párrafo segundo, TFUE.

<sup>84</sup> Los Estados miembros suelen insistir, por razones políticas, en la forma mixta a la hora de celebrar acuerdos de asociación por parte de la UE, aunque, en nuestra opinión, el carácter mixto de los acuerdos de asociación sólo se justifique jurídicamente en caso de abordar materias correspondientes al poder exclusivo de los Estados miembros, como sostenemos en GARCÍA ANDRADE, P., *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria: un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, en prensa. En este sentido, véase ECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 219.

<sup>85</sup> EUROPEAN COMMISSION, Press Release, «EU starts the Stabilisation and Association Agreement Negotiations with Kosovo», MEMO/13/938, de 28.10.2013. Las negociaciones concluyeron en mayo de 2014.

ción al Acuerdo<sup>86</sup>, por la que se especifique que la celebración de éste no supone un acto de reconocimiento tácito por parte de los Estados miembros que todavía no reconocen a Kosovo como Estado<sup>87</sup>. Además, se deduce, al menos de la información oficial disponible, que la tradicional negativa de los Estados miembros a permitir que la UE celebre en solitario los acuerdos de asociación puede ser flexibilizada cuando otras consideraciones políticas, de mayor relevancia que las cuestiones competenciales, así lo requieran, de tal modo que el futuro Acuerdo de asociación con Kosovo no tendrá carácter mixto, evitando así la necesidad de ratificación formal e independiente por parte de cada uno de los veintiocho Estados miembros<sup>88</sup>. Habría que ver, no obstante, si la celebración de un acuerdo de asociación con un Estado que surgiese de una separación territorial que afecte a un Estado miembro de la Unión y cuyo propósito consista, concretamente, en reconocer un derecho de libre circulación a los ciudadanos del nuevo Estado es capaz de concitar el mismo consenso en el seno de la UE.

## VI. CONCLUSIONES

El principio de atribución de competencias y el respeto por la integridad territorial de sus Estados miembros limitan notablemente el papel que ha de desempeñar la UE en un proceso de separación o secesión que afecte a una parte del territorio de uno de sus Estados miembros y en sus implicaciones. Así se observa en el estatuto de ciudadanía europea del que disfrutaban los nacionales de los Estados miembros. La ciudadanía de la UE no constituye más que un vínculo formal entre el individuo y la Organización Internacional de

---

<sup>86</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «relativa al estudio de viabilidad de un Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la Unión Europea y Kosovo», COM (2012) 602, de 10.10.2012, pp. 3-4.

<sup>87</sup> A septiembre de 2014, cinco Estados miembros de la UE —Chipre, Eslovaquia, España, Grecia y Rumanía— siguen sin reconocer a Kosovo como Estado independiente. Respecto de la actitud tomada por la UE, véase MANGAS MARTÍN, A., «Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, nº 1, 2011, pp. 101-123, en especial pp. 107 y ss.

<sup>88</sup> Véase la nota de prensa de la Comisión Europea citada *supra* nota 85, donde se afirma que se tratará de un acuerdo puro de la UE, negociado por la Comisión Europea y por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, por lo que se refiere a las disposiciones clásicas de diálogo político y otros preceptos relativos a la PESC incluidos en el acuerdo.

la que su Estado forma parte, sin haberse erigido, por el momento, en un vínculo directo de pertenencia a una entidad política que permita a sus titulares sentirse parte integrante de un «pueblo europeo». La conservación de este estatuto, cuya adquisición y pérdida se asienta en el disfrute de la nacionalidad estatal, dependerá en este contexto del Derecho interno de los Estados predecesor y sucesor, respectivamente, y de los eventuales acuerdos a los que puedan llegar entre ellos.

Cierto es que una separación territorial no implicaría necesariamente el desposeimiento del estatuto de ciudadanía europea para aquellos que, por no desear adquirir la nacionalidad del Estado sucesor o por hallarse en un supuesto de doble nacionalidad, conserven la nacionalidad del Estado predecesor, Estado miembro de la UE. Los efectos de la separación se harán sentir, sin duda, en los que pasen a ser titulares con carácter exclusivo de la nacionalidad del Estado sucesor, que se convertirá automáticamente en un Estado tercero respecto de la UE, aunque también en la manera de ejercer los derechos individuales que este estatuto concede a los nacionales de los Estados miembros, implicados en la separación territorial o ajenos a ella, que conserven su residencia habitual en el territorio del Estado sucesor.

Asimismo, cabe afirmar que el concepto de ciudadanía europea no sería apto para sostener la desatinada idea de una «ampliación interna» de la UE, no sólo porque los argumentos contenidos en la jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía no impedirían que el individuo que deja de ser nacional de un Estado miembro pierda la ciudadanía de la Unión, sino también porque una entidad política carecería de cualquier derecho adquirido respecto de la pertenencia a una Organización Internacional.

En definitiva, la constitución de un nuevo Estado como resultado de una modificación territorial de un Estado miembro supondría, por una parte, su salida de la UE y, por otra, la pérdida, para los nacionales del territorio escindido, de la ciudadanía de la Unión y del conjunto de derechos asociados a ésta. No sería imposible, en todo caso, que dichas personas pudieran disfrutar de uno de los derechos esenciales de la ciudadanía europea, como es el derecho de libre circulación y residencia. Sin embargo, ello exigiría la celebración, no exenta de dificultades, de un acuerdo internacional de asociación entre el nuevo Estado y la UE - probablemente de carácter mixto -, que extendiese, entre ellos, el régimen de libre circulación de personas que tanto interés suscita dentro y fuera de la Unión.

No ha de perderse de vista que asumir los deseos de independencia de una región de la UE respecto del Estado miembro del que forma parte signi-

fica también asumir las consecuencias jurídicas que de ello se deriven para los ciudadanos implicados, especialmente por lo que respecta a las ventajas y beneficios del proyecto de integración que constituye la Unión Europea.

LA CIUDADANÍA EUROPEA Y LA SUCESIÓN DE ESTADOS:  
A VUELTAS CON LAS IMPLICACIONES DE UNA SEPARACIÓN  
TERRITORIAL EN EL SENO DE LA UE

RESUMEN: Los debates independentistas que se han venido desarrollando en algunos Estados miembros de la UE conducen a reflexionar acerca de las implicaciones que una hipotética separación de una parte del territorio de un Estado miembro tendría en realizaciones tan relevantes del proceso de integración europea como la ciudadanía de la UE, estatuto fundamentado en la nacionalidad de los Estados miembros. El presente trabajo analiza cómo afectaría la sucesión de Estados al estatuto de ciudadanía de los nacionales del Estado miembro involucrado, así como al modo de ejercer estos derechos por parte de los ciudadanos europeos originarios de otros Estados miembros que residiesen en el territorio escindido. Se aborda asimismo el papel que el concepto mismo de ciudadanía europea podría desempeñar como fundamento de la idea de «ampliación interna» de la UE, sostenida por ciertas posturas independentistas y según la cual la imposibilidad de privar a los individuos de su estatuto de ciudadanía europea permitiría que el territorio secesionista no dejase de pertenecer a la Unión. Por último, se exploran las alternativas que harían posible garantizar a los nacionales del hipotético nuevo Estado un derecho de libre circulación y residencia en la UE sin gozar de la ciudadanía europea.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía europea; Separación territorial; Sucesión de Estados; Adquisición y pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro

EUROPEAN CITIZENSHIP AND STATE SUCCESSION:  
STRUGGLING WITH THE EFFECTS OF A TERRITORIAL  
SEPARATION WITHIN THE EU

ABSTRACT: Independence debates held in certain EU Member States lead us to give thought to the effects of a hypothetical separation of part of the territory of a Member State on achievements of European integration as relevant as EU citizenship, a status founded on the nationality of Member States. This article analyses how State succession would affect the enjoyment of Union citizenship rights by nationals of the Member State involved, and the way in which those rights are to be exercised by EU citizens from other Member States who reside in a seceding region. It will also tackle the role that the concept of EU citizenship as such may play as a basis of the idea of an «internal enlargement» of the EU. This argument, advocated by some pro-independence positions, would prevent the separating territory from leaving the EU due to the impossibility of depriving individuals of their EU citizenship status. Finally, the possible alternatives to grant

freedom of movement and residence in the EU to nationals of the hypothetical new State will be explored.

KEY WORDS: EU citizenship; Territorial separation; State succession; Acquisition and loss of the nationality of an EU Member State.

LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE ET LA SUCCESSION D'ÉTATS:  
À PROPOS DES IMPLICATIONS D'UNE SÉPARATION  
TERRITORIALE AU SEIN DE L'UE

RÉSUMÉ: Les débats indépendantistes qui se développent au sein de certains États membres de l'UE conduisent à réfléchir à propos des implications qu'une séparation d'une partie du territoire d'un État membre aurait sur des réussites de l'intégration européenne aussi importantes que la citoyenneté européenne, un statut fondée sur la nationalité des États membres. Le présent travail analyse les effets qu'une succession d'États pourrait avoir sur le statut de citoyenneté européenne des ressortissants de l'État membre impliqué, ainsi que sur la manière dont ces droits seraient exercés par les citoyens européens, ressortissants d'autres États membres et résidant dans le territoire sécessionniste. Le rôle que le concept de citoyenneté européenne pourrait jouer en lui-même comme base de l'idée d'un «élargissement interne» de l'UE est aussi abordé. Cet argument, soutenu par certaines positions indépendantistes, servirait à éviter que le territoire sécessionniste abandonne l'UE sur la base de l'impossibilité de priver aux individus de leur statut de citoyenneté européenne. Pour finir, les alternatives qui permettraient d'assurer la liberté de circulation et résidence dans l'UE aux ressortissants du nouvel État seront explorées.

MOTS CLÉS: Citoyenneté européenne; Séparation territoriale; Succession d'États; Acquisition et perte de la nationalité d'un État membre.



# **JURISPRUDENCIA**



**TJUE-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE  
15.1.2014 (GRAN SALA) – ASSOCIATION DE  
MÉDIATION SOCIALE, ASUNTO C-176/12, «POLÍTICA  
SOCIAL – DIRECTIVA 2002/14/CE – CARTA DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN  
EUROPEA – ARTÍCULO 27 – SUJECCIÓN DE LA  
CONSTITUCIÓN DE ÓRGANOS REPRESENTATIVOS  
DEL PERSONAL A CIERTOS UMBRALES DE  
TRABAJADORES EMPLEADOS – CÁLCULO DEL  
NÚMERO DE TRABAJADORES EMPLEADOS –  
NORMATIVA NACIONAL CONTRARIA AL DERECHO  
DE LA UNIÓN – FUNCIÓN DEL JUEZ NACIONAL».  
EFICACIA DIRECTA VERSUS PRIMACÍA**

LUCÍA MILLÁN MORO\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RESUMEN DE LOS HECHOS.
- III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL.
- IV. COMENTARIO.
  1. LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS RELACIONES DERECHO DE LA UNIÓN-DERECHO NACIONAL.

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Cátedra «Jean Monnet» de Derecho Comunitario Europeo.

2. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LAS DIRECTIVAS.
3. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME.
4. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO QUE INCUMPLE.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, va a dar lugar al planteamiento, en instancias judiciales, de diversas cuestiones en relación con la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta). La sentencia a comentar en este caso, se va a referir a la posible aplicación y eficacia de uno de los artículos de la Carta, el 27<sup>1</sup>, desarrollado y concretado por una directiva<sup>2</sup>, en las relaciones entre particulares, en caso de incumplimiento del Estado miembro de la misma. A diferencia de asuntos anteriores, en los que la aplicación y eficacia de determinados derechos fundamentales se planteaba cuando la Carta carecía del mismo valor jurídico que los Tratados<sup>3</sup>, o ya en vigor la Carta, cuando los hechos<sup>4</sup>, en esta ocasión

---

<sup>1</sup> Artículo 27, Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa; «Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.». Sobre el artículo 27, vid. LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dirigido por MANGAS MARTÍN, A., Fundación BBVA, 2008, pp. 473-488.

<sup>2</sup> Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO L 80 de 23.3.2002, p. 29).

<sup>3</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981. Sobre la sentencia, vid., MARTIN, D., «L'arrêt Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?», *Journal des tribunaux du travail*, 2006 p.109-116; PETITDEMANGE, AS., «Une application anticipée des directives non transposées?», *Gazette du Palais*, 2006 n° 102-103 I Jur., p. 22-23; SCHIEK, D., «The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation», *Industrial Law Journal* 2006, p.329-341.

<sup>4</sup> Sentencia de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, Rec. p. I-365. Sobre la sentencia vid., CORTÉS MARTÍN, J.M.: «El TJUE confirma la invocabilidad de exclusión de

los hechos se producen con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>5</sup>, cuando el valor jurídico de la Carta ya está equiparado al Derecho originario de la UE. La aplicación combinada de una disposición de la Carta y una directiva va a volver a plantear la cuestión de la eficacia directa de cada uno de estos instrumentos jurídicos, y su relación con los otros principios que regulan la relación Derecho de la UE-Derecho nacional: el de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho de la UE, el de primacía, y el de responsabilidad patrimonial del Estado que incumple el Derecho de la UE, y en esas cuestiones se va a centrar este comentario.

## II. RESUMEN DE LOS HECHOS

La Association de Médiation Sociale (en adelante, AMS) es una asociación privada sin ánimo de lucro regulada por la Ley francesa de asociaciones de 1901. Esta asociación participa en la organización de procedimientos de mediación social y de prevención de la delincuencia en la ciudad de Marsella en Francia. Para la realización de sus actividades, AMS dispone de un personal propio contratado con carácter indefinido, el cual suma un total de ocho trabajadores. El Sr. Hichem Laboubi es uno de tales trabajadores permanentes. El 4 de junio de 2010 la Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône designó al Sr. Laboubi como representante de la sección sindical constituida en la AMS. La AMS se opuso a esa designación ya que consideraba que su personal era de menos de once trabajadores, y a fortiori menos de cincuenta, y que por consiguiente no estaba obligada, según la normativa nacional, a adoptar medidas para la representación de los trabajadores, como la elección de un delegado de personal. Para la determinación del número de trabajadores, la AMS excluía del cómputo de su personal, conforme al artículo L. 1111-3 del Código de trabajo francés, a los aprendices, a los trabaja-

---

una directiva cuando concreta un principio general del derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, 2010, p.587-593; DENYS, S., «L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement», *Europe* 2010 nº 3, p. 4-7; LAZZERINI, N., «Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Küçükdeveci», *Rivista di diritto internazionale* 2010 p.443-449.

<sup>5</sup> Sobre el ámbito de aplicación temporal de la Carta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, nº 49-5, 2012, p. 1573 y ss.

dores titulares de un contrato de iniciativa para el empleo o de un contrato para fomento del empleo y a los trabajadores titulares de contratos para la formación profesional («trabajadores titulares de contratos apoyados», en adelante). En consecuencia, a pesar de que AMS contaba con un centenar aproximado de trabajadores sujetos a un «contrato tutelado», sumados a los ocho trabajadores permanentes de la asociación, esta empresa no alcanzaba el mínimo de cincuenta trabajadores en plantilla a partir del cual serían de aplicación las disposiciones pertinentes de la Directiva 2002/14. El 18 de junio de 2010, AMS convocó al Sr. Laboubi a una reunión en la que se le notificó la suspensión provisional de la relación laboral. Ese mismo día, AMS se dirigió al tribunal d'instance de Marsella solicitando que se declarara nulo el nombramiento del Sr. Laboubi como representante de la sección sindical CGT.

El tribunal d'instance de Marseille, que conocía tanto la demanda presentada por la AMS, como la reconvencción de ese sindicato, solicitando que se ordene a la AMS organizar elecciones para la constitución de órganos representativos del personal en esa asociación, remitió a la Cour de cassation una cuestión prioritaria de constitucionalidad acerca de las disposiciones del artículo L. 1111-3 del Código de trabajo. La Cour de cassation planteó esa cuestión al Conseil constitutionnel. Este último declaró que el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo es conforme con la Constitución. Ante el tribunal d'instance de Marseille, el Sr. Laboubi y la Union locale des syndicats CGT des Quartiers Nord alegaron no obstante que las disposiciones del artículo L. 1111-3 del Código de trabajo son contrarias tanto al Derecho de la Unión como a los compromisos internacionales de la República Francesa. El tribunal d'instance de Marseille acogió esa argumentación y excluyó la aplicación de las disposiciones del artículo L. 1111-3 del Código de trabajo por no ser conformes con el Derecho de la Unión. De esa manera, el referido tribunal declaró la validez de la designación del Sr. Laboubi como representante de sección sindical, tras haber constatado que, al dejar de aplicar las exclusiones establecidas por el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo, el personal de la asociación de que se trata superaba ampliamente el umbral de cincuenta trabajadores.

La AMS interpuso un recurso de casación contra esa sentencia ante la Cour de cassation. La Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, una relativa a la invocabilidad del derecho fundamental relativo a la información y consulta de los trabajadores, reconocido en el artículo 27 de la Carta y precisado por las disposiciones de la Directiva 2002/14, en un litigio entre particulares,

a efectos de comprobar la conformidad con el Derecho de la Unión de una medida nacional de transposición de la Directiva, y otra, relativa a la compatibilidad del Derecho nacional aplicado y alegado por AMS con las mencionadas disposiciones de Derecho de la Unión

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

El Tribunal de Justicia estima oportuno examinar conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente<sup>6</sup>, pero el Abogado General Cruz Villalón las examina separadamente. En lo que se refiere a la Carta y su eficacia en las relaciones entre particulares, el Abogado General precisa en un primer momento el alcance del art. 51 de la Carta, señalando que nada en la redacción del artículo excluye la relevancia de los derechos fundamentales de la Carta en las relaciones de Derecho privado<sup>7</sup>, y pasando luego a considerar que los derechos fundamentales de la Carta, distintos de las libertades fundamentales o del principio de igualdad, no pueden tener un régimen distinto, o de peor condición, que éstos<sup>8</sup>. El Abogado General hace un extenso e interesante análisis sobre la posible eficacia de los distintos derechos fundamentales, y sobre las diferencias entre los «principios» y «derechos» recogidos en la Carta, pero el Tribunal de Justicia no entrará en su sentencia en estas cuestiones. El Abogado General llega a la conclusión de que el contenido sustantivo del art. 27 de la Carta se puede encuadrar en la categoría de los «principios», concretado en el art. 3 apartado 1 de la Directiva 2002/14, y que sobre la base del inciso segundo del art. 52, apartado 5, de la Carta puede ser alegado en un litigio entre particulares, para dejar sin aplicación la legislación nacional contraria a los mismos.<sup>9</sup>

En relación con la segunda cuestión prejudicial el Abogado General recuerda la jurisprudencia anterior<sup>10</sup> del Tribunal de Justicia en relación con el cómputo de trabajadores establecido en la Directiva 2002/14, y tras exami-

---

<sup>6</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, aún no publicada en la Rec., apartado 23.

<sup>7</sup> Conclusiones de 18 de julio de 2013, *Association de médiation sociale*, C-176/12, punto 32.

<sup>8</sup> Punto 34 de las Conclusiones.

<sup>9</sup> Punto 80 de las Conclusiones.

<sup>10</sup> Sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT*, C-385/05, Rec. p. I-611.

nar la imposibilidad de proceder a una interpretación conforme del Derecho nacional, con el art. 27 de la Carta concretado por el art. 3 apartado 1 de la citada Directiva, afirma la contradicción entre la normativa nacional y la de la UE, y la facultad del juez nacional en virtud del art. 52 apartado 5 de la Carta, de inaplicar las normas nacionales contrarias a las mencionadas de la Unión<sup>11</sup>.

El Tribunal de Justicia, como se ha señalado, decide examinar conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales que plantea el tribunal nacional. En un primer momento el Tribunal procede a un análisis de la normativa nacional y la contrasta con el contenido de la Directiva 2002/14, llegando a la conclusión de que para el cálculo del personal de una empresa, a efectos de la constitución de órganos de representación del personal, los Estados miembros no pueden excluir del cómputo del personal de la empresa a una categoría específica de trabajadores, como permite el art. L 1111-3 del Código de trabajo francés, por lo que la normativa nacional contradice claramente las obligaciones contenidas en la Directiva<sup>12</sup>.

Constatada esa contradicción, el Tribunal pasa a examinar si la Directiva 2002/14 puede producir efecto directo, y caso de hacerlo, si puede ser alegada por las demandadas frente a AMS. Del contenido del art. 3 apartado 1 de la citada Directiva se desprende, que si bien la Directiva no prescribe el modo de tomar en consideración a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación para calcular el número de los trabajadores empleados en una empresa, sí obliga a tenerlos en cuenta. Por lo que considerando la jurisprudencia relativa a este artículo<sup>13</sup>, el Tribunal afirma que reúne las condiciones para producir efecto directo<sup>14</sup>. Reconocida la eficacia directa de la disposición de la Directiva, el Tribunal a continuación pasa a reafirmar<sup>15</sup> su conocida doctrina que excluye la aplicación de una directiva, incumplida o mal cumplida por el Estado miembro, en un litigio entre particulares<sup>16</sup>, tras señalar la naturaleza privada de

---

<sup>11</sup> Punto 97 de las Conclusiones.

<sup>12</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartados 28 y 29.

<sup>13</sup> Sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT*, C-385/05, Rec. p. I-611, apartado 40.

<sup>14</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartados 33 a 35.

<sup>15</sup> *Ibidem*, apartado 36.

<sup>16</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 109; Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, Rec. I-365, apartado 46.

AMS, a pesar de su vocación social, lo que hace que no se pueda invocar contra ella las disposiciones de la Directiva como tales<sup>17</sup>.

Excluida la posibilidad de aplicar la Directiva a las relaciones horizontales, el Tribunal recurre a su doctrina sobre la obligación del juez nacional de proceder a una interpretación del Derecho nacional, conforme a las disposiciones de la Directiva, para intentar llegar a una solución conforme con el objetivo marcado por la Directiva<sup>18</sup>. Sin embargo, el Tribunal también recuerda su jurisprudencia más reciente en esta materia, que reconoce una limitación importante a su doctrina, a saber, que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional<sup>19</sup>. Es exactamente el caso que se plantea en este asunto en el que el art. L.1111-3 del Código de trabajo francés no puede ser objeto de una interpretación conforme con la Directiva 2002/14<sup>20</sup>.

Descartada también la interpretación conforme, el Tribunal se plantea si la situación en el asunto principal es similar a la que concurría en el asunto que dio lugar a la sentencia Küçükdeveci, antes citada, de modo que el artículo 27 de la Carta, por sí solo o en combinación con las disposiciones de la Directiva 2002/14, puede ser invocado en un litigio entre particulares a efectos de dejar sin aplicación, en su caso, la disposición nacional no conforme con la Directiva.

El Tribunal comienza recordando que conforme a reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión<sup>21</sup>. Por consiguiente, como la normativa nacional discutida en

---

<sup>17</sup> Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec., apartado 42.

<sup>18</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 119; Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adelener y otros*, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartado 11; Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec., apartado 27.

<sup>19</sup> Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C 268/06, Rec. p. I 2483, apartado 100; Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec., apartado 25.

<sup>20</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartados 39 y 40.

<sup>21</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C 617/10, aún no publicada en la Rec., apartado 19. Sobre esta sentencia vid.: IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 26.2.2013 (Gran Sala) - Aklagaren y Hans Akerberg Fransson, asunto C-617/10, «Carta de los Derechos Fundamentales de la

el litigio principal constituye la aplicación de la Directiva 2002/14, el Tribunal afirma que el artículo 27 de la Carta es aplicable en el asunto principal. Sin embargo, del análisis que realiza del art. 27 de la Carta, artículo que para producir sus efectos debe ser precisado por disposiciones de Derecho de la Unión o del Derecho nacional, se desprende que la prohibición, enunciada en el artículo 3, apartado de la Directiva 2002/14 y dirigida a los Estados miembros, de excluir del cómputo del personal de la empresa a una categoría específica de trabajadores que inicialmente forman parte de las personas que se deben considerar en ese cómputo no puede deducirse, como regla jurídica directamente aplicable, del texto del artículo 27 de la Carta ni de las explicaciones referidas a ese artículo. Por tanto, las circunstancias son distintas a la sentencia *Küçükdeveci*, y el artículo 27 de la Carta no se puede invocar, como tal, en un litigio como el principal para fundamentar la inaplicación de la disposición nacional no conforme con la Directiva 2002/14<sup>22</sup>.

Descartada igualmente por el Tribunal la posibilidad de la aplicación del art. 27 de la Carta en las relaciones horizontales, sólo le queda a la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, como le indica el propio Tribunal<sup>23</sup>, la posibilidad de alegar la jurisprudencia que reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado que incumple el Derecho de la Unión<sup>24</sup>, para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido<sup>25</sup>

#### IV. COMENTARIO

##### 1. LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS RELACIONES DERECHO DE LA UNIÓN-DERECHO NACIONAL

La aplicación del Derecho de la Unión por los Estados Miembros no siempre es correcta, y para esos casos de incumplimiento o de mal cumpli-

---

Unión Europea - Ámbito de aplicación - Artículo 51 - Aplicación del derecho de la Unión - Artículo 50 - Principio non bis in idem». La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, págs. 1157-1175.

<sup>22</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartados 47 a 49

<sup>23</sup> *Ibidem*, apartado 50.

<sup>24</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, C 6/90 y C 9/90, Rec. p. I 5357.

<sup>25</sup> Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la *Rec.*, apartado 43.

miento, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando en su jurisprudencia una serie de principios que regulan la articulación de los dos ordenamientos jurídicos, nacional y de la UE, dando soluciones a los conflictos así originados e intentando proteger y hacer valer los derechos que el ordenamiento jurídico de la UE les reconoce a los particulares y repararles los daños ocasionados por el incumplimiento del Estado.

El juego combinado de esos cuatro principios, la eficacia directa, la primacía, la interpretación conforme y la responsabilidad patrimonial del Estado que incumple el Derecho de la UE, debe ser suficiente para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Estado. La cuestión está en cómo se ordenan y se aplican en cada caso concreto, y que prelación establece entre ellos el propio Tribunal de Justicia en su aplicación. El comentario a esta sentencia se va a centrar, básicamente, en la aplicación de estos principios que realiza en este caso el Tribunal.

## 2. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LAS DIRECTIVAS

El Tribunal de Justicia comienza su razonamiento analizando las disposiciones de la Directiva 2002/14 aplicables al caso, y concluye que la expresa prohibición que contiene, de excluir trabajadores de la empresa en el cómputo total a efectos de la constitución de órganos de representación del personal, reúne los requisitos de precisión de derechos, y en ese aspecto, de ausencia de margen discrecional para el Estado, para producir efecto directo, es decir, para poder ser aplicado directamente por el juez nacional, sin suplantar las decisiones que pudieran tomar el poder legislativo o ejecutivo nacional en la aplicación de la directiva. Pero como hace años viene reiterando en su jurisprudencia<sup>26</sup>, excluye su aplicación a la relación horizontal del asunto ante él planteado.

Esa exclusión le lleva a examinar la posibilidad de que sea el art. 27 de

---

<sup>26</sup> Sentencia de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, *Marshall I*, Rec., p. 723; Sentencia de 14 de julio de 1994, as. C-91/92, *Faccini Dori*, Rec., p. 3325; Sentencia de 7 de marzo de 1996, as. C-192/94, *El Corte Inglés SA/C. Blázquez Rivero*, Rec., p. 1281; Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C 397/01 a C 403/01, Rec., p. I 8835; Sentencia de 19 de abril de 2007, as. C-356/05, *Farell*, Rec., p. I-3067; Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adelener y otros*, C-212/04, Rec. p. I-6057; Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec., entre otras.

la Carta el que pueda producir eficacia directa. El Tribunal analiza el contenido del citado artículo aplicando los criterios habituales para determinar la eficacia directa de una disposición, y llega a la conclusión de que su falta de precisión, su necesidad de ser concretado por normas nacionales o de la Unión, le impiden producir eficacia directa. Su enunciado es demasiado general, y si bien la directiva concreta un aspecto del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, ese aspecto ni se menciona en el art. 27. Y esa es la diferencia fundamental que el Tribunal encuentra entre este caso y la sentencia *Kücükdeveci*<sup>27</sup>, en la que el art.21 apartado 1 de la Carta sería suficiente, por sí mismo, para conferir derechos a los particulares.

Desde diciembre de 2009, la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados fundacionales, es decir, tiene rango de Derecho originario. Del análisis que realiza el Tribunal en la sentencia se desprende, que si el art. 27 hubiera sido más preciso, hubiera podido aplicarse a una relación horizontal<sup>28</sup>, como fue el principio alegado en la sentencia *Kücükdeveci*<sup>29</sup>. Es decir, los artículos de la Carta que reúnan los requisitos para producir eficacia directa lo podrán hacer, como en el caso de los Tratados, tanto en relaciones verticales como horizontales<sup>30</sup>, según los casos y las materias<sup>31</sup>.

### 3. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

Al descartar tanto la eficacia directa del art. 27 de la Carta, como la aplicación de la Directiva 2002/14 a las relaciones horizontales, el Tribunal re-

<sup>27</sup> Sentencia de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, Rec. I-365.

<sup>28</sup> Sobre los límites a los efectos horizontales de los derechos en la Carta, SEIFERT, A., «L'effet horizontal des droits fondamentaux quelques réflexions de droit européen et de droit comparé», *Revue trimestrielle de droit européen*, nº48, -4, 2012, págs. 823 y ss.

<sup>29</sup> La actual sentencia objeto de comentario, aclara algunos aspectos de la jurisprudencia *Kücükdeveci*, ya que según ahora señala el Tribunal, es la Carta y no la directiva, la que puede producir eficacia directa horizontal.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, LAZZERINI, N., «(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS. Case C-176/12, Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and Others, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 January 2014, nyr.», *Common Market Law Review*, nº 51, 2014, pp. 921, 925 y 932.

<sup>31</sup> Distinto es el caso de la Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981, porque en 2005 la Carta carecía del valor jurídico que tiene a partir de 2009.

curre a otro de los principios de su jurisprudencia<sup>32</sup>, al de la obligación del juez nacional de proceder a una interpretación de todas las normas de su Derecho nacional en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta<sup>33</sup>.

Pero al indicarle el juez nacional que no puede realizar esa interpretación, porque existe una clara contradicción entre la normativa nacional y la de la Unión, el propio Tribunal de Justicia recuerda las evidentes limitaciones a este principio, que él mismo reconoció, aunque tardó bastantes años en hacerlo, que establecen los principios generales del Derecho en el sentido de no realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional<sup>34</sup>. No puede ser, por tanto, de aplicación en este caso, y habrá que recurrir a los otros principios que regulan las relaciones entre los dos ordenamientos.

#### 4. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO QUE INCUMPLE

El Tribunal de Justicia, como se ha señalado en el resumen de la sentencia, le indicará a la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, la posibilidad de alegar la jurisprudencia que reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado que incumple el Derecho de la Unión, para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido<sup>35</sup>.

Lo más llamativo, no sólo en esta sentencia, también en otras en las que se plantea la eficacia directa horizontal de las directivas<sup>36</sup>, es el silencio del

<sup>32</sup> Sentencia de 10 abril 1984, as. 14/83, *Von Colson y Kamann*, Rec., p. 1891; Sentencia de 10 abril 1984, as. 78/83, *Harz*, Rec., p. 1921; Sentencia 8 octubre 1987, as. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, Rec., p. 3969; Sentencia 13 noviembre 1990, as. C-106/89, *Marleasing S.A.* Rec., p. 4135; Sentencia 16 diciembre 1993, as. C-334/92, *Wagner Miret*, Rec., p. 6911; Sentencia de 19 de abril de 2007, as. C-356/05, *Farell*, Rec., p. I-3067.

<sup>33</sup> Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adelener y otros*, C-212/04, Rec. p. I-6057; Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C 397/01 a C 403/01, Rec., p. I 8835; Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec.

<sup>34</sup> Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C 268/06, Rec. p. I 2483; Sentencia de 23 de abril de 2009, *Angelidaki*, C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071; Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec.

<sup>35</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartado 50.

<sup>36</sup> Especialmente claro en Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, aún no publicada en la Rec., apartados 41 y 42.

Tribunal en relación con el principio de la primacía<sup>37</sup>. Más aun teniendo en cuenta, que en este procedimiento, el Tribunal d'instance de Marseille como consecuencia de la contradicción entre el Derecho nacional y el de la Unión, en aplicación de este principio, es decir de la jurisprudencia *Simmenthal*<sup>38</sup>, había excluido, por su propia autoridad, la aplicación del derecho nacional contrario<sup>39</sup>. Y teniendo en cuenta también que, en los casos en que una directiva puede producir eficacia directa vertical, el Tribunal de Justicia no duda en afirmar su primacía sobre el Derecho nacional<sup>40</sup>.

Pero el Tribunal de Justicia, aparentemente centrado sólo en la no aplicación horizontal de la Directiva incumplida, no considera la aplicación de este principio<sup>41</sup>, lo que lleva a una cierta contradicción en sus planteamientos y origina cuestiones de difícil resolución. A diferencia de los Tratados y los reglamentos ¿no gozan las directivas de primacía respecto al Derecho nacional en caso de incumplimiento? La misma directiva ¿goza sólo de la primacía en una relación vertical y no la tiene respecto a las relaciones horizontales? Es decir que ante el incumplimiento de una directiva por parte de un Estado miembro, seguirá siendo de aplicación el Derecho nacional contrario, se romperá la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, y también su efectividad.

También hay contradicción en relación con este principio de primacía, respecto a las directivas y las obligaciones del juez nacional. Si la Directiva, por definición, según el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE, obliga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, obligará a los tres poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial. En caso de incumplimiento de la directiva por parte del poder legislativo o ejecutivo ¿estima el Tribunal, en este caso concreto, que no sigue

---

<sup>37</sup> Sobre la relación de los principios de eficacia directa y primacía, con especial referencia a las directivas, vid., DOUGAN, M., «When Worlds Collide: Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy», *Common Market Law Review*, nº 44, 2007, p. 931-963.

<sup>38</sup> Sentencia de 9 marzo 1978, as. 106/77, *Simmenthal*, Rec., p. 629, apartado 24.

<sup>39</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartado 20.

<sup>40</sup> Sentencia de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, Rec., p. I-3015, apartados 46, 55 y especialmente 61; Sentencia de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec., p. I-5197, apartados 38 y 40.

<sup>41</sup> En el mismo sentido, SIMON, D., «L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?», *Europe* nº 3, 2010, p. 7.

vinculado el poder judicial del Estado<sup>42</sup> por ese objetivo a conseguir, cuando sin embargo en su sentencia *Impact* afirmó que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales<sup>43</sup>? ¿Cómo se entiende que el juez nacional esté obligado a realizar una interpretación del Derecho nacional conforme con los objetivos de la directiva<sup>44</sup>, y no esté obligado a aplicar directamente esos objetivos, cuando la precisión y la ausencia de margen discrecional se lo permitan<sup>45</sup>? ¿Dónde queda la autoridad del juez nacional, afirmada en *Simmenthal*, de descartar por su propia autoridad el Derecho nacional contrario y aplicar el derecho de la Unión<sup>46</sup>?

<sup>42</sup> El AG Tizzano en sus Conclusiones de 30 de junio de 2005, *Mangold*, C-144/04, punto 113, señala expresamente la obligatoriedad de las directivas para el juez nacional, combinado con la obligación del entonces art. 10 CE, hoy art. 4 apartado 3 TUE, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la observancia del derecho comunitario, hoy de la UE.

<sup>43</sup> Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec., p. I-2483, apartado 4. También en sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83, Rec., p. 1891, apartado 26; sentencia de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec., p. I-5197, apartado 38.

<sup>44</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartado 38.

<sup>45</sup> *Ibidem*, apartado 36.

<sup>46</sup> Que sin embargo el Tribunal sigue reiterando cuando se trata de otras disposiciones de Derecho de la Unión, o de directivas en relaciones verticales, entre otras, vid sentencia de 20 de marzo de 2003, *Kutz Bauer*, C 187/00, Rec. p. I 2741, apartado 73, de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C 462/99, Rec. p. I 5197, apartados 38 y 40; de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, C 387/02, C 391/02 y C 403/02, Rec. p. I 3565, apartado 72, de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, C 314/08, Rec. p. I-11049, apartado 81, de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C 188/10 y C 189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43, y de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, Rec., p. I-3015, apartado 61. Afirmando, además, la primacía sobre normas nacionales de rango constitucional, sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Rec. p. I 8015, apartado 61, y de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, aún no publicada en la Rec., apartados 58 a 60. Sobre esta última vid., GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, C-399/11 - «Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una pena impuesta en rebeldía - Posibi-

Al silenciar toda referencia al principio de la primacía, y haber descartado la aplicación de los otros dos principios, eficacia directa e interpretación conforme, al Tribunal no le queda ya más principio al que recurrir que el de la responsabilidad patrimonial del Estado que incumple.

Este principio, aplicado con toda claridad por primera vez en la sentencia Francovich<sup>47</sup>, permitía a los particulares, perjudicados por el incumplimiento de una directiva por el Estado, reclamarle a éste una indemnización por los daños causados. En aquel primer caso, la directiva dejaba en algunos aspectos un margen discrecional importante a los Estados, lo que le impedía producir efecto directo. Posteriormente, en 1996<sup>48</sup>, el Tribunal señalaría, que aun habiendo alegado los particulares perjudicados la eficacia directa, y reconocido su derecho, podían reclamarle al Estado los daños causados por su incumplimiento.

El Tribunal suele recurrir a este principio en aquellos casos en los que se plantea la eficacia directa horizontal de las directivas, y le indica al particular que no ha visto reconocido sus derechos, contenidos en la directiva, pero incumplidos por el Estado Miembro, que le reclame a éste responsabilidad patrimonial por el daño sufrido, cosa que reitera en la presente sentencia<sup>49</sup>. Precisamente en relación con este punto, el Abogado General Cruz Villalón, en sus Conclusiones, hace una muy interesante propuesta<sup>50</sup>, sugerida por el representante de la CGT. Puesto que la reclamación de responsabilidad al Estado se produce como consecuencia de la conducta ilegal de ese Estado miembro, que causa un daño a los particulares, lo más lógico sería proceder a la aplicación por el juez nacional de la directiva en las relaciones horizontales, y que el particular al que se le imponen las obligaciones contenidas en la directiva incum-

---

plida de revisión de la sentencia». ¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la euroorden europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, págs. 1137-1156; RIPOLE CARULLA, S., «La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental - A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/10,» *Revista española de Derecho Europeo* 2013 nº 46 p.151-198.

<sup>47</sup> Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y C-9/90, Rec., p. I-5357.

<sup>48</sup> Sentencia de 5 de marzo 1996, *Brasserie du pêcheur S.A. y Factortame III*, C-46/93 y C-48/93, Rec., p. I-1029.

<sup>49</sup> Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, apartado 50.

<sup>50</sup> Conclusiones de 18 de julio de 2013, *Association de médiation sociale*, C-176/12, punto 79.

plida, sea el que reclame responsabilidad al Estado, ya que resulta más razonable y más justo, que la carga de la acción indemnizatoria recaiga sobre quien se ha beneficiado de la conducta ilegal del Estado, que no sobre el titular del derecho, que ha sido perjudicado por esa ilegalidad, a quien, además del perjuicio ya sufrido, se le obliga a iniciar un nuevo proceso judicial para hacer valer esos derechos, con toda la carga que ello implica<sup>51</sup>.

Sorprende mucho que el Tribunal de Justicia no haya acogido esta argumentación, dado el constante interés que ha demostrado, desde su creación, por proteger los derechos de los particulares vulnerados por los incumplimientos de los Estados miembros, y por llegar a decisiones lo más justas posible. La solución que propone el Abogado General Cruz Villalón concilia la aplicación de los cuatro principios que articulan la relación Derecho de la UE-Derecho nacional: se reconoce la eficacia directa horizontal de la directiva, la primacía de la misma, en todo caso, sobre el Derecho nacional contrario, se respetan las obligaciones que el Derecho de la UE le impone a los jueces nacionales, y se aplica con mayor justicia el principio de responsabilidad patrimonial del Estado que incumple, pues no se obliga al titular de un derecho no reconocido, a tener que litigar por partida doble para conseguir, no ese derecho, sino la indemnización por el daño causado al no haberlo tenido<sup>52</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

El Tribunal de Justicia, en esta sentencia, reitera una vez más su negativa a reconocer la eficacia directa de las Directivas en las relaciones horizontales, pero clarifica que las disposiciones de la Carta, si reúnen los requisitos necesarios para ello, sí pueden producir esa eficacia en las relaciones horizontales. No se pronuncia sobre la excepción que supone al principio de la primacía, la aplicación por el juez nacional del Derecho nacional contrario a una Directiva incumplida o mal cumplida por el Estado miembro en el caso de las relaciones entre particulares, y remite al particular perjudicado por el incumplimiento de la Directiva, a pleitear una vez más para reclamarle responsabilidad patrimonial al Estado que incumple.

<sup>51</sup> En sentido parecido, SIMON, D., «L'invocabilité des directives...», op. cit, p. 6.

<sup>52</sup> El Tribunal, en su sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec., p. I-2483, apartado 55, rechaza que el particular tenga que recurrir judicialmente por partida doble en el derecho nacional para hacer valer sus derechos derivados de una directiva, pero luego le aplica esa solución en el marco del Derecho de la UE.

TJUE-SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 15.1.2014 (GRAN SALA) –  
 ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE, ASUNTO C-176/12,  
 «POLÍTICA SOCIAL – DIRECTIVA 2002/14/CE – CARTA DE LOS DERECHOS  
 FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA – ARTÍCULO 27 – SUJECCIÓN  
 DE LA CONSTITUCIÓN DE ÓRGANOS REPRESENTATIVOS DEL PERSONAL  
 A CIERTOS UMBRALES DE TRABAJADORES EMPLEADOS – CÁLCULO  
 DEL NÚMERO DE TRABAJADORES EMPLEADOS – NORMATIVA NACIONAL  
 CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN – FUNCIÓN DEL JUEZ NACIONAL». EFICACIA DIRECTA *VERSUS* PRIMACÍA

RESUMEN: El Tribunal de Justicia, en esta sentencia, ante el incumplimiento por parte de un Estado miembro de una Directiva, reitera una vez más su negativa a reconocer la eficacia directa de las Directivas en las relaciones horizontales, pero clarifica que las disposiciones de la Carta, si reúnen los requisitos necesarios para ello, sí pueden producir esa eficacia en las relaciones horizontales. No se pronuncia sobre la excepción que supone al principio de la primacía, la aplicación por el juez nacional del Derecho nacional contrario a una Directiva incumplida o mal cumplida por el Estado miembro en el caso de las relaciones entre particulares, y remite al particular perjudicado por el incumplimiento de la Directiva, a pleitear una vez más para reclamarle responsabilidad patrimonial al Estado que incumple.

PALABRAS CLAVE: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; Directiva; Eficacia directa; Primacía; Art. 27 de la Carta; Interpretación conforme del Derecho nacional; Responsabilidad patrimonial del Estado que incumple.

JUDGMENT OF THE COURT 15.1.2014 (GRAND CHAMBER) ASSOCIATION  
 DE MÉDIATION SOCIALE, CASE C 176/12, «SOCIAL POLICY –  
 DIRECTIVE 2002/14/EC – CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF  
 THE EUROPEAN UNION – ARTICLE 27 – SUBJECTING THE SETTING UP  
 OF BODIES REPRESENTING STAFF TO CERTAIN THRESHOLDS  
 OF EMPLOYEES – CALCULATION OF THE THRESHOLDS – NATIONAL  
 LEGISLATION CONTRARY TO EUROPEAN UNION LAW – ROLE  
 OF THE NATIONAL COURT». DIRECT EFFECT *VERSUS* PRIMACY

ABSTRACT: The Court of Justice, in this judgment, before the breach by a Member State of a directive, reiterates once again its refusal to recognize the horizontal direct effect of directives, but clarifies the notion that the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, if they meet the necessary requirements to do so, can produce direct effect in horizontal relations. The Court does not take a position on the exception to the principle of the primacy, that means the implementation by the national judge of the national law contrary to a directive breached or poorly implemented by the Member State in the case of relations between individuals, and refers to the individual affected by the breach of the directive, to plead once more to claim liability to the State which breaches EU Law

KEY WORDS: Charter of Fundamental Rights of the UE; Directive; Direct Effect; Primacy; Art. 27 of the Charter; Interpretation of national law in conformity with European Union law; Liability of the Member State.

ARRÊT DE LA COUR (GRANDE CHAMBRE), 15.1.2014, ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE, AFFAIRE C 176/12, «POLITIQUE SOCIALE – DIRECTIVE 2002/14/CE – CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE – ARTICLE 27 – SUBORDINATION DE LA MISE EN PLACE D'INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL À CERTAINS SEUILS DE TRAVAILLEURS EMPLOYÉS – CALCUL DES SEUILS – RÉGLEMENTATION NATIONALE CONTRAIRE AU DROIT DE L'UNION – RÔLE DU JUGE NATIONAL». EFFECT DIRECT *VERSUS* PRIMAUTÉ

RÉSUMÉ: La Cour de Justice, dans cet arrêt, devant la violation par un État membre d'une directive, réitère encore une fois son refus de reconnaître l'efficacité directe des directives dans les relations horizontales, mais clarifie-t-elle que les dispositions de la Charte s'ils remplissent les conditions requises pour le faire, peuvent produire cette efficacité dans les relations horizontales. La Cour ne dit rien sur l'exception au principe de la primauté, qui implique l'application par la Cour nationale du droit national contraire à une directive violé ou mal mise en œuvre par l'État membre dans le cas des relations entre individus et se réfère à l'individu affecté par la violation de la directive, pour plaider une fois de plus pour réclamer une responsabilité patrimoniale à l'État qui viole.

MOTS CLÉS: Charte des Droits Fondamentaux de l'UE; Directive; Effet direct; Primauté; Art. 27 de la Charte; Interprétation conforme du droit national; Responsabilité de l'Etat membre.



CJEU – JUDGMENT OF 24 JUNE 2014 (GRAND CHAMBER) –  
CASE C-658/11 EUROPEAN PARLIAMENT V COUNCIL –  
EXTERNAL RELATIONS OF THE EU –  
ANNULMENT OF THE DECISION ON THE CONCLUSION  
OF THE EU – MAURITUS AGREEMENT –  
CHOICE OF THE PROPER LEGAL BASIS

---

CONTEXT OR CONTENT? A CFSP OR AFSJ LEGAL  
BASIS FOR EU INTERNATIONAL AGREEMENTS

CLAUDIO MATERA  
RAMSES A. WESSEL\*

- I. INTRODUCTION
- II. THE LEGAL QUESTIONS
- III. COMMENT: PRIORITIZING CONTENT OVER CONTEXT
- IV. CONCLUSION

---

\* Respectively Doctoral Candidate and Professor of International and European Institutional Law at the Centre for European Studies of the University of Twente, The Netherlands.

## I. INTRODUCTION

With the coming of age of the external dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ),<sup>1</sup> legal basis conflicts with Common Foreign and Security Policy (CFSP) are bound to occur more frequently. The case under review here concerns the scenario in which the AFSJ and CFSP agendas meet concerning the conclusion of bilateral agreements whose content could be considered as pertaining simultaneously to Title V TEU (CFSP) and to Title V TFEU (AFSJ). The case concerns the conclusion of an Agreement for the transfer and prosecution of suspected pirates arrested in the framework of Operation Atalanta between the EU and Mauritius.<sup>2</sup> Operation Atalanta is the first EU naval operation and it was launched in 2008 with the objective of contributing to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast.<sup>3</sup> In addition to securing the waters of the Gulf of Aden, Joint Action 2008/851/CFSP introduced a regime for the purpose of prosecuting the (suspected) pirates arrested during Operation Atalanta. Indeed, Article 12 of Joint Action 2008/851/CFSP on the transfer of persons arrested and detained with a view to their prosecution essentially introduced two criteria for the transfer and prosecution of suspected pirates: the first one based on the attribution of jurisdiction to the State that has arrested the suspected pirate, the second based on the possibility of transferring suspected pirates «to a Member State or any third State which wishes to exercise its jurisdiction».<sup>4</sup> Following the conclusion of two separate agreements with Kenya and the Seychelles in 2009,<sup>5</sup> the EU sought to conclude

---

<sup>1</sup> See for instance Monar, J, *The External Dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, Stockholm: Sieps, 2012, No. 1; Matera C, *The European Union as an International Actor in the Area of Freedom, Security and Justice: A Legal Constitutional Analysis*, 2015 (forthcoming).

<sup>2</sup> Case C-658/11, *European Parliament v Council (Mauritius Agreement)*, judgment 24 June 2014, NYR.

<sup>3</sup> Council Decision 2008/918/CFSP, in *OJ L 330/19*, 9.12.2008. For a recent analysis of the different ways the UE is involved to fight piracy in Somalia, Ehrhart H.-G., Petretto K., *The EU, the Somalia Challenge, and Counter-piracy: Towards a Comprehensive Approach?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, pp. 261-284.

<sup>4</sup> Article 12, par. 1, second indent of Joint Action 2008/851/CFSP.

<sup>5</sup> Exchange of Letter of the 6<sup>th</sup> of march 2009 between Kenya and the EU, in *OJ L 79/50*, 25.3.2009, and Agreement between the EU and the Republic of Seychelles concluded on the 10<sup>th</sup> of November 2009, in *OJ L 32/14*, 10.12.2009.

similar agreements with other partners.<sup>6</sup> Indeed, the most recent example concerns the conclusion, ex Article 37 TEU, of an agreement for the transfer of suspected pirates concluded with the Republic of Mauritius on the basis of Article 12 Joint Action 2008/851/CFSP. This agreement is similar to the ones concluded by the EU with Kenya and the Seychelles, and contains detailed provisions on the transfer, detention, trial and the serving of a conviction.<sup>7</sup>

Each agreement thus far concluded by the EU contains provisions on pre-trial rights such as the right to have a judge deciding on the lawfulness of detention and the right to have the trial within a reasonable time or to be released. Moreover, in relation to the trial itself, the agreements impose that suspected pirates shall have a public, fair trial in front of a competent, independent and impartial tribunal. The agreements also provide for the application of the presumption of innocence principle, and impose on the contracting State to guarantee legal assistance,<sup>8</sup> translation facilities, the right to dispute evidence against him/her and the right to provide evidence on his/her favour. Lastly, the agreements guarantee the right to silence for suspects and prohibit, where potentially applicable, the application of the death penalty.<sup>9</sup>

Taking into consideration the detailed regulation of detention conditions and the rules on trials, there can be no doubt that the agreements concluded by the EU fall within the scope of criminal (procedure) law in the broad sense, i.e. independently from the division of powers and competences contained in the Treaties. Moreover, the agreements also have Mutual Legal Assistance (MLA) clauses such as the process of evidence, detention records and the preservation of seized property in possession of EUNAVFOR.<sup>10</sup> Lastly, since the agreements place a considerable burden on the judicial systems of the third countries, they also provide for technical cooperation and assistance: from financial resources to technical equipment and know-how as to the use of digital means to facilitate the attendance of witnesses.<sup>11</sup> Rather than pursuing criminal law and criminal procedure objectives, these last clauses reflect ‘capacity building clauses’

---

<sup>6</sup> Wolff S and Mounier G, «The external dimension of JHA: A new dimension of EU diplomacy», in Wolff S, Goudappel F and de Zwaan J (eds.) «Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm», T.M.C. Asser Press, The Hague 2011, p.249.

<sup>7</sup> See Article 4 of the EU-Mauritius Agreement, p.4.

<sup>8</sup> Free legal assistance in case the suspected pirate does not have means to pay his/her counsel.

<sup>9</sup> See Articles 4 and 5 of the EU-Mauritius Agreement for example.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Articles 6 and 7 of the EU-Mauritius agreement for example.

and come close to technical agreements concluded by the EU under its Economic, Financial and Technical Assistance policy ex Article 212 TFEU. All in all, a systematic reading of the EU-Mauritius Agreement unequivocally reveals that, as evidenced by Article 1 of the agreement,<sup>12</sup> this is an extradition and MLA agreement, i.e. an international agreement about cooperation in the fields of criminal law and procedure.

However, since the Agreement was concluded within the context of Operation Atalanta, and because the Agreement also contained provisions related to other instruments of EU external relations, reasonable doubts could be advanced against the decision of the Council to conclude the said Agreement on the sole basis of Article 37 TEU. With a view of clarifying the extent to which a CFSP provision can constitute the legitimate legal basis of an agreement in which non-CFSP elements are present, the European Parliament attacked Council Decision 2011/640/CFSP<sup>13</sup> by putting forward two pleas in law. With the first one the EP claimed that the Agreement did not relate exclusively to the CFSP within the meaning of Article 218 (6) TFEU and that, consequentially, the decision to conclude the Agreement should have been taken after obtaining the consent of the EP in accordance with Article 218 (6), subparagraphs (a)-(v).

Independently from the decision of the Court concerning the first ground, the EP brought forward a second plea concerning the alleged violation of the implementation of paragraph 10 of Article 218 TFEU. Here the EP argued that the Council failed to inform it immediately and fully at all stages of the procedure concerning the negotiation and conclusion of the agreement.

Five years since the entry into force of the Lisbon treaty, the action brought forward by the EP raised a number of pivotal constitutional questions concerning the division of external competences between the TEU and the TFEU as well as questions concerning the level of democratic participation and scrutiny in the context of EU external relations.

---

<sup>12</sup> Article 1 of the Agreement reads as follows: This Agreement defines the conditions and modalities for: (a) the transfer of persons suspected of attempting to commit, committing or having committed acts of piracy within the area of operation of EUNAVFOR, on the high seas off the territorial seas of Mauritius, Madagascar, the Comoros Islands, Seychelles and Réunion Island, and detained by EUNAVFOR; (b) the transfer of associated property seized by EUNAVFOR from EUNAVFOR to Mauritius; and (c) the treatment of transferred persons.

<sup>13</sup> OJ [2011], L 25, p.1.

## II. THE LEGAL QUESTIONS

Although the EU - Mauritius Agreement on the transfer and trial of suspected pirates is, for its *content*, an agreement on criminal law and mutual legal assistance,<sup>14</sup> the agreement was concluded in the *context* of operation Atalanta, a military mission established under the CFSP, or in fact under the Common, Security and Defence Policy (CSDP), as sub-policy-area of CFSP.

The European Parliament (EP) attacked the Council Decision to authorise the Conclusion of the EU-Mauritius Agreement<sup>15</sup> arguing that the agreement should have been concluded by combining Article 37 TEU (the basis of the competence to conclude international agreements in the CFSP area) with Articles 82 TFEU (on judicial cooperation in criminal matters) and 209 TFEU (on development cooperation) and, consequentially, under the general rules on the conclusion of international agreements laid down in Article 218 TFEU in which paragraph 6 (a) (v) demands the consent of the EP for the conclusion of an agreement.<sup>16</sup>

In the specific context of the conclusion of international agreements, the division of external competences between the TEU and the TFEU is characterised ex Article 218(3) TFEU by a test of exclusivity that must be understood as a consequence of the different decision-making processes applicable within the TEU and the TFEU. Therefore, Article 218 TFEU establishes that whenever an agreement does not exclusively relate to the CFSP, such agreement must be concluded after the EP was either consulted or after the EP expressed its consent to the conclusion. Conversely, because the CFSP «is

---

<sup>14</sup> It does have aspects that are related to capacity building and technical assistance that could fall within the Development Cooperation Policy of the EU, see Article 6 and 7 of the agreement.

<sup>15</sup> Council Decision 2011/640/CFSP of 12 July 2011 on the signing and conclusion of the Agreement between the European Union and the republic of Mauritius on the conditions of transfer of suspected pirates and associated seized property from the European Union-led naval force to the Republic of Mauritius and on the conditions of suspected pirates after transfer, OJ 30.9.2009 L 254/1.

<sup>16</sup> Article 218 TFEU holds: «[...] The Council, on a proposal by the negotiator, shall adopt a decision concluding the agreement. Except where agreements relate exclusively to the common foreign and security policy, the Council shall adopt the decision concluding the agreement: (a) after obtaining the consent of the European Parliament in the following cases: [...] agreements covering fields to which either the ordinary legislative procedure applies, or the special legislative procedure where consent by the European Parliament is required».

subject to specific rules and procedures» (Article 24 TEU) in relation to which, to a large extent, the EP does not participate, Article 218 TFEU makes clear that for the conclusion of agreements exclusively relating to the CFSP, the participation of the EP in the decision-making process is excluded. Clearly, Article 218 TFEU reflects the existing dichotomy in the field of EU external relations between initiatives based on the TEU and initiatives based on the TFEU. However, because neither Article 218 TFEU nor Article 40 TEU establish a rule aimed at regulating the conclusion of agreements that pursue, simultaneously, a plurality of objectives, the conclusion of an agreement such as the one between the EU and Mauritius begged the question on the identification of a rule for the conclusion of agreements pursuing multiple objectives scattered among the different dimensions of EU external action.

Indeed, the difficulty presented by this case laid precisely in the fact that the agreement in question, albeit anchored within the context of the CFSP, was, from a content perspective, clearly linked to other EU policies belonging to the TFEU. Therefore, whilst from a CFSP perspective the participation of the EP was not an issue since this institution does not take part in the decision making process of CFSP initiatives; the recognition that the agreement in question also pursued non-CFSP objectives would have rendered, for the purpose of concluding the agreement, the applicability of the exclusivity rule ex Article 218 TFEU inappropriate. Thus, the EP could have argued that since the said agreement did not exclusively relate to the CFSP, the agreement with Mauritius should have been adopted on another legal basis and following the procedure enshrined in Article 218 (6) (a-v) TFEU.

However, even though the rule of exclusivity implies an either/or type of reasoning,<sup>17</sup> the EP chose to put forward a more complex argument. In spite of the existing case law on the impossibility of combining legal basis that prescribe incompatible decision-making procedures,<sup>18</sup> the EP aimed to recon-

---

<sup>17</sup> Either the agreement exclusively belong to the CFSP and thus the conclusion of an agreement is decided by the Council alone and the EP must only be informed about the procedure ex Article 218 (10) TFEU, or the Agreement cannot be based on a CFSP provision and then the EP will participate in the decision leading to the conclusion of the agreement ex Article 218 (6) (a).

<sup>18</sup> See case C-130/10 *European Parliament v Council*, judgment 19 July 2012, paragraphs 47-48, NYR, Case 178/03 *Commission v Parliament and Council* (Dangerous chemicals), [2006] ECR I - 00107 and Case C-300/89 *Commission v Council* (Titanium Dioxide) [1991] ECR I 2867.

cile incompatible procedures and, because the envisaged agreement could not be considered as exclusively belonging to the CFSP, the EP asked the CJEU to declare the conclusion of the agreement on the *sole* basis of the CFSP void. It thus preferred not to put into question the choice of Article 37 TEU and merely asked for that legal basis to be integrated with Articles 82, 87 and 209 TFEU so as to render the exclusivity rule of Article 218 (6) first subparagraph inapplicable.

This led the AG and the CJEU only to consider whether, on the basis of the ‘centre of gravity test’, the criminal law and development cooperation ‘aspects’ were capable of annulling Council Decision 2011/640/CFSP and impose the combination of different decision-making procedures for the conclusion of the agreement.

As a result, the CJEU was facilitated to frame the request of annulment in the following manner:

«the Parliament contends that the fact that the contested decision and the EU-Mauritius Agreement pursue, albeit only incidentally, aims other than those falling within the CFSP is sufficient to preclude that decision from falling exclusively within that policy for the purposes of Article 218(6) TFEU».<sup>19</sup>

From this perspective, the CJEU was asked to establish whether ‘incidental aims’ might influence the decision on the conclusion of an agreement to the extent of preferring the incidental legal basis against the legal basis of the main aim of an agreement. Clearly the question phrased in this manner was implicitly asking the CJEU to eventually overrule some decades of judgments on to the choice of the legal basis and the ‘centre of gravity test’ according to which incidental aims do not require the addition of a specific legal basis. However, the Court was not prepared to do so.

In the eyes of the Court, the interpretation of the ‘CFSP exclusivity’ in Article 218 (6) TFEU is more complex:

«In particular, as regards a decision concluding an agreement that pursues a main aim falling within the CFSP, that form of words does not establish that, as the Council claims, such a decision may be regarded as ‘relating exclusively to the [CFSP]’ solely because it is founded on a substantive legal basis falling within that policy

---

<sup>19</sup> Paragraph 46.

and no other substantive legal basis, nor does it establish that, as the Parliament maintains, that decision must be regarded as relating also to other areas of EU law on account of incidental aims other than its main aim falling within the CFSP.»<sup>20</sup>

Thus, after having reiterated the criteria to establish the proper legal basis,<sup>21</sup> the CJEU rejected the argument according to which the pursuit of ‘incidental aims’ could affect the choice made by the Council to the point of having to reassess whether Article 218 (6) TFEU should be applied.<sup>22</sup> Indeed, since the EP did not argue that the principal aim of the agreement fell outside the CFSP, the CJEU only had to uphold the ‘centre of gravity test’ to confirm, indisputably, that the correct legal basis was Article 37 TEU and that the procedure established by the second subparagraph of Article 218 (6) TFEU was applicable.<sup>23</sup>

While the CJEU, facilitated by the argumentation brought forward by the EP,<sup>24</sup> decided the case on the basis of a formalistic approach, the AG took the time to analyse the substantive issues thoroughly. Thus, while reaching the same conclusion of the Court in relation to the choice of the proper legal

---

<sup>20</sup> Paragraph 50.

<sup>21</sup> Paragraph 43: «It should be noted at the outset that the choice of the legal basis for an EU measure must rest on objective factors amenable to judicial review, which include the aim and content of that measure. If examination of a measure reveals that it pursues two aims or that it has two components, and if one of those aims or components is identifiable as the main one, whereas the other is merely incidental, the measure must be founded on a single legal basis, namely that required by the main or predominant aim or component. If, on the other hand, a measure simultaneously pursues a number of objectives, or has several components, which are inseparably linked without one being incidental to the other, so that various provisions of the Treaty are applicable, such a measure will have to be founded, exceptionally, on the various corresponding legal bases».

<sup>22</sup> Paragraph 46 and 47: (46) «By contrast, the Parliament contends that the fact that the contested decision and the EU-Mauritius Agreement pursue, albeit only incidentally, aims other than those falling within the CFSP is sufficient to preclude that decision from falling exclusively within that policy for the purposes of Article 218(6) TFEU». (47) «Such an interpretation of that provision cannot be accepted».

<sup>23</sup> Paragraph 59.

<sup>24</sup> From the Opinion of the AG it emerges that the EP only brought forward its view on the correct legal basis at the hearing and at the request of the Court! See paragraph 40 of the AG Opinion: «At the request of the Court at the hearing, the Parliament stated that, in its view, the contested decision should have been founded on the following substantive legal bases, namely, in addition to Article 37 TEU, Articles 82 TFEU, 87 TFEU and 209 TFEU». See also paragraph 44 of the Judgment.

basis, the Opinion of the AG allows for an evaluation of the way in which the ‘centre of gravity test’ is being used. However, contrary to the calls for a recalibration of the test for the purposes of establishing the correct legal basis in cases in which the CFSP pillar meets other TFEU policies such as the AFSJ,<sup>25</sup> the AG remained firm in adopting the classical objectives-based approach.

In this respect paragraph 57 of the AG’s Opinion is quite revealing:

«In the present proceedings, it is common ground that, in the light of its objective and its content, the Joint Action comes under the CFSP. In my view, the same is true of the Agreement and the contested decision which are an extension thereof. I cannot see, in particular, why the very principle of the participation of third States in the Union action for the deterrence, prevention and repression of acts of piracy off the coast of Somalia and the rule that the transfer to a third State of arrested persons is subject to compliance by that State with international law, in particular as regards human rights, should come under the CFSP while the more detailed definition of the modalities for the transfer and the treatment of the persons concerned falls outside the scope of the CFSP.»

Indeed, throughout his Opinion the AG emphasises the fact that the Agreement with the Republic of Mauritius rests on Joint Action 2008/851/CFSP and, more broadly, on the UN mandate to secure the Gulf of Aden.<sup>26</sup> He (merely) devotes three short paragraphs to the core content of the Agreement in question, i.e. the rules on transferring (extraditing) suspected pirates to the Republic of Mauritius for trial and refrains from analysing any of the rules contained therein.<sup>27</sup> Thus, according to the AG it is the *contextualisation of the objectives of an agreement* that determines the choice of the correct legal basis, *not* the content. While it is not possible to conclude with certainty that the CJEU shares this view, it puts the ‘exclusivity rule’ into perspective

---

<sup>25</sup> Blockmans S and Spornbauer M, «Legal obstacles to comprehensive EU external security action» EFARev 2013 Special Issue, pp. 7-24, van Elsuwege P, «EU External Action after the collapse of the pillar structure: in search of a new balance between delimitation and consistency», CMLRev 47: 987-1019 and Wessel R A and Hillion C, «Competence distribution and in EU external relations after ECOWAS: clarification or continued fuzziness?», CMLRev 46: 551-586.

<sup>26</sup> Paragraphs 50-55 of the Opinion.

<sup>27</sup> Paragraphs 62-64.

and maximises the approach according to which only a CFSP legal basis can be used to adopt acts or conclude agreements once CFSP has ‘occupied’ a certain domain. From this perspective, the ‘PESCalisation’ of EU external relations not only affects the EU’s counter terrorism policy, but also any other initiative or policy that combines CFSP and non-CFSP elements.<sup>28</sup>

### III. COMMENT: PRIORITIZING CONTENT OVER CONTEXT

While there can be no doubt that the strategic objectives of an agreement and its policy contextualisation must play a role in the determination of the choice of the proper legal basis and the application of the ‘exclusivity rule’ contained in Article 218 TFEU, the approach chosen by AG Bot is unsatisfactory and disproportionate. It is unsatisfactory because it fails to analyse the *content* of an agreement and places too much emphasis on the separation between CFSP and other external policies; and it is disproportionate because it promotes the broad scope of the CFSP against policies based on the TFEU. Moreover, this approach could lead to results at odds with Article 40 TEU and, consequentially, it could violate the horizontal allocation of powers and distribution of competences as established and protected by the Treaties. Furthermore, the focus on the objectives and the context in which an agreement is being concluded to identify the correct legal basis in a case of cross-pillar mixity also renders the ‘exclusivity test’ and the wording of Article 218 TFEU superfluous: if the analysis of the context of an agreement follows the broad interpretation that AG Bot gives of Article 21 (2) (a) - (c) TEU, then the centre of gravity test absorbs the need to identify when a certain agreement is exclusively related to the CFSP.<sup>29</sup>

Moreover, as this case exemplifies, the risk of preferring the context of an agreement to its content may lead to erroneous interpretations capable of creating even greater constitutional problems. As we have seen, the EU-Mauritius Agreement was concluded with the objective of creating a mechanism to transfer suspected pirates for trial and to this end the EU has imposed criminal procedure standards to the other High Contracting party. Therefore,

---

<sup>28</sup> Hillion C, «Fighting terrorism through the EU Common Foreign Security Policy», in Govaere I and Poli S (eds.), «Management of global emergencies, threats and crises by the European Union», Brill/Nijhoff 2014 (forthcoming).

<sup>29</sup> Similarly to what the AG concluded in his opinion in *Case C-130/10 Parliament v Council (restrictive measures)*, NYR.

the substantive question to be answered was, on the basis of the content of the said agreement, whether the CFSP could be deemed ‘exclusively competent’ to conclude it. In substantive terms this meant to assess the extent to which EU law allows the Council *qua* CFSP to determine criminal procedure rules for extradition and impose them on a third party.

To answer questions pertaining to the choice of the proper legal basis between the CFSP and the TFEU with a view to apply the ‘rule of exclusivity’ codified in Article 218 TFEU, the analysis of the content of an agreement must be given precedence; and this must not be done in a rhetoric manner such as repeating formulas,<sup>30</sup> but by analysing the provisions contained in the agreement. If the AG and the Court of Justice had done so, there would have been no other option than to affirm the criminal procedure nature of the agreement in question and, as a consequence of this, the analysis should have focused on whether an agreement with such content could be deemed as exclusively pertaining to the CFSP. Yet, the Court deems it unnecessary to assess the content. It argues that

«[...] in the context of the procedure for concluding an international agreement in accordance with Article 218 TFEU, it must be held that it is the substantive legal basis of the decision concluding that agreement which determines the type of procedure applicable under paragraph 6 of that provision.»<sup>31</sup>

Hence, a CFSP decision as the basis for an EU Agreement automatically leads to a different role for the Parliament, irrespective of the question of CFSP was the correct legal basis in the first place. The Court is right in arguing that it is not in a position to extend the scope of the EP’s influence to areas that were deliberately excluded by the Member States, yet the question at stake here is whether an international agreement with elements clearly relating to criminal (procedure) law could be placed outside the Parliament’s reach by simply opting for a different legal basis. However, since the EP had not put into question the choice of Article 37 TFEU, the Court was facilitated in affirming that once the substantive legal basis is set and undisputed, then there is no need to look into procedural rules.

It is submitted here that a content-based approach in this case would have lead to a different conclusion. By addressing rules on transfers and trials of

---

<sup>30</sup> See Paragraph 43 of the CJEU decision.

<sup>31</sup> Paragraph 58.

suspected pirates arrested in the framework of operation Atalanta, the agreement has a clear legislative nature; however, Article 24 TEU clearly affirms that the adoption of legislative acts is excluded in the CFSP field. It is true that some may argue that the said provision needs to be read in connection with Article 289 TFEU;<sup>32</sup> however, the interpretation according to which a legislative act is an act adopted according to the ordinary or the special legislative procedure is only a *formalistic* view. The exclusion contained in Article 24 TEU could also be read in a more *substantive* or *functional* fashion: legislative acts are legal rules with general and abstract scope addressed to an undetermined group.<sup>33</sup> And, more importantly, since the EU is based, ex Article 2 TEU on the democratic principle and the rule of law, it could also be argued that the exclusion contained in Article 24 TEU aims to protect and maximise the democratic accountability and transparency so as to make sure than whenever third parties and individuals are affected by an act of the institutions, this can only be approved where the elected legislative body participates in the decision-making process.

This perspective would lead to the conclusion that the scope of Article 24 TEU is not only to exclude (redundantly?) the applicability of Article 289 TFEU to the CFSP context, but also (and foremost!) to exclude that the Council *qua* CFSP adopts normative acts of general application that directly affect individuals without the participation of the European Parliament. This is because the exclusion contained in Article 24 TEU should not be solely read in conjunction with Article 289 TFEU (formalistic perspective), but should also be read in conjunction with Article 2 TEU and with Article 40 TEU as a means to protect the founding principles of the legal order which include the democratic principle, the rule of law and also the distribution of competences between the Treaties and the balance of powers between institutions.

In fact, this approach would be close to the ‘symmetry-argument’ presented by the Court (and the AG) in relation to the EP’s role in internal and external situations:

«Article 218(6) TFEU establishes symmetry between the procedure for adopting EU measures internally and the procedure for adopting in-

---

<sup>32</sup> Schütze R, «European Constitutional Law», CUP, (2012), p. 169.

<sup>33</sup> Schütze R, The morphology of of legislative power in the European Community: legal instruments and the federal division of powers, Yearbook of European Law Vol. 25, p. 91.

ternational agreements in order to guarantee that the Parliament and the Council enjoy the same powers in relation to a given field, in compliance with the institutional balance provided for by the Treaties.

In those circumstances, it is precisely in order to ensure that that symmetry is actually observed that the rule identified by the case-law of the Court —that it is the substantive legal basis of a measure that determines the procedures to be followed in adopting that measure [...]— applies not only to the procedures laid down for adopting an internal act but also to those applicable to the conclusion of international agreements.»<sup>34</sup>

In conclusion, it appears that precisely because of its content the EU-Mauritius Agreement should not have been considered as pertaining exclusively to the CFSP. Rather, the preferable solution would have been adopting two separate legal acts: one, based on the CFSP with a view to determine the intention of the EU in the context of its Atalanta mission and another formally based on Articles 216, 82 and 87 TFEU and linked content-wise to the CFSP one.

Taking into consideration that the Union's activities intrude with the private sphere of individuals to the point of concluding extradition agreements and imposing criminal procedure rules to third countries, the 'PESCalisation' of the AFSJ brings back the question of the democratic deficit of this policy. For this reason alone the CJEU clearly missed the opportunity to call on the Council to constructively engage with the European Parliament, for example by engaging into the two-steps approach presented above.

Instead the CJEU preferred to adhere to formalistic issues rather than analysing content. This is best epitomised by the pyrrhic finale of the dispute with the annulment of the agreement with the Republic of Mauritius because the Council had failed to fulfil its obligations ex Article 218 (10) TFEU on the duty to keep the European Parliament immediately and fully informed at all stages: it had informed the EP about the conclusion of the Agreement 3 months and 17 days after the publication of the Agreement on the Official Journal.<sup>35</sup> With regard to this right of the EP, the Court rightfully sees no difference between CFSP and other international agreements.

In particular, it stressed that the information requirement was necessary

---

<sup>34</sup> Paragraphs 56-57.

<sup>35</sup> Case C-658/11 Parliament v Council (transfer of pirates) judgement 24 June 2014, Paragraph 77.

«to exercise democratic scrutiny of the European Union's external action and, more specifically, to verify that its powers are respected precisely in consequence of the choice of legal basis for a decision concluding an agreement<sup>36</sup> [and that] [t]hat rule is an expression of the democratic principles on which the European Union is founded [and] the reflection, at EU level, of the fundamental democratic principle that the people should participate in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly».<sup>37</sup>

While this allowed the EP not to go home empty-handed, it no doubt had higher hopes when it initiated the proceedings. Yet, and perhaps ironically, in presenting these arguments, the Court reveals an awareness of the potential implications of the agreements for «the people» that it did not seem necessary to investigate in the first part of the judgment.

Finally, this is the second case in a relatively short period in which the European Parliament—aware of its role in situations including the rights of individuals—attempted to secure its influence in cases where this was barred by the choice for a CFSP legal basis. In Case C-130/10 *European Parliament v Council*, challenged Regulation 1286/2009<sup>38</sup>, implementing Common Position 2002/402/CFSP.<sup>39</sup> The EP argued that because the Regulation in question aimed at fighting terrorism, the correct legal basis should be Article 75 TFEU rather than Article 215 TFEU since this is the specific, counter-terrorism legal basis provided by the treaties and embedded within the objective of creating an area of freedom, security and justice. Secondly, the European Parliament argued that, taking into account the general scheme of the Treaties, only Article 75 TFEU could be used to adopt such type of administrative-like sanctions since only Article 75 TFEU could guarantee, thanks to the participation of Parliament in the decision-making process, the protection of fundamental rights. Also in this case the Court held that Article 215 was the correct legal basis for the Regulation as «in the light of its objectives and of its content, the contested regulation relates to a decision taken by the Union under the CFSP.»<sup>40</sup>

Also striking is the fact that Article 40 TEU is not mentioned or explicitly used to solve the legal basis conflict. After all, these are exactly the situ-

---

<sup>36</sup> Paragraph 79.

<sup>37</sup> Paragraph 81.

<sup>38</sup> Council Regulation 1286/2009 of 22 December 2009, in *OJ L* 346/42, 23.12.2009.

<sup>39</sup> Common Position 2002/420/CFSP of 27 May 2002, in *OJ L* 139/4 of 29.5.2002.

<sup>40</sup> Paragraph 72.

ations foreseen by that provision. While in Case 130/10 the Council briefly refers to Article 40 in its arguments (paragraph 41), and Sweden and the UK bring it up in the Mauritius case (paragraph 42), the Court refrains from referring to the provision in both cases. Unlike its predecessor (Article 47 TEU), current Article 40 TEU calls for a balanced choice for either a CFSP or another legal basis of decisions (e.g. trade or development cooperation).<sup>41</sup> Because Article 40 TEU no longer foresees a ‘Community first’ principle; the CFSP has been placed on the same footing as other policies. In other words: the treaty not only aims to prevent an intrusion from CFSP in other areas, but also vice versa.<sup>42</sup> Conflicts on this issue can be brought before the Court (Articles 275(2) and 24(1) TEU). But, obviously, a conflict should then be presented clearly to the Court (in the present case the EP did not challenge the CFSP legal basis). Given the fact that Article 40 no longer provides a clear conflict-solving rule, the question of its relevance presents itself and it would have been interesting to see the Court dealing with this new provision.

#### IV. CONCLUSION

First of all the EP is to be complimented for its attempt to seduce the Court to combine CFSP and TFEU legal bases. Indeed, not so many issues relate exclusively to the CFSP and the consistency argument calls for combinations of external action when and where possible. Yet, refraining from challenging the CFSP legal basis the EP also allowed the Court to evade some interesting and important questions, for instance related to the function of Article 40 TEU and to the fact that irrespective of a chosen legal basis by the Council the content of an international agreement may hint at another relevant policy area. The approach chosen by the Court (‘when the legal basis is set, this defines the procedure’) limits its own constitutional role, which would call for a substantive objective scrutiny of the text to assess, *inter alia*, possible implications for individuals. As argued above, the exclusion of the Court in Article 24 TEU should also be read as to prevent decisions being taken under CFSP when these clearly relate to the founding (democratic) principles of the EU.

---

<sup>41</sup> See on the effects of former Article 47 TEU for instance Wessel R A and Hillion C, «Competence distribution and in EU external relations after ECOWAS: clarification or continued fuzziness?», CMLRev 46: 551-586.

<sup>42</sup> Cf. also Eeckhout, P, *EU External Relations Law*, OUP (2011), p. 498.

Hence, we are basically stuck with a judgment that is not terribly exciting: as ‘CFSP exclusivity’ only relates to paragraph 6 of Article 218 TFEU, the rest of that provision is to be seen as general Union law, which is equally applicable to CFSP agreements. It would indeed be difficult to read Article 218 otherwise, despite the fact that the Court was indeed given a chance to underline that the mere choice for a CFSP legal basis does not allow for a complete setting aside of the European Parliament.

CJEU – JUDGMENT OF 24 JUNE 2014 (GRAND CHAMBER) – CASE C-658/11  
EUROPEAN PARLIAMENT V COUNCIL – EXTERNAL RELATIONS OF THE  
EU – ANNULMENT OF THE DECISION ON THE CONCLUSION OF THE EU –  
MAURITIUS AGREEMENT – CHOICE OF THE PROPER LEGAL BASIS

---

CONTEXT OR CONTENT? A CFSP OR AFSJ LEGAL BASIS  
FOR EU INTERNATIONAL AGREEMENTS

In the case C-658/11 European Parliament v Council the CJEU was asked to assess the legitimacy of Council Decision 2011/640/CFSP on the conclusion of the agreement between the EU and Mauritius for the transfer and trial of suspected pirates arrested in the framework of Operation Atalanta. More specifically, whilst the EP agreed with the Council that the said agreement had to be concluded on the basis of Article 37 TEU, it nonetheless sustained that the agreement could not be concluded on the basis of Article 37 TEU alone since the agreement is not exclusively linked to the CFSP but is also linked to other policies of the EU that are based on the TFEU. Moreover, the EP also attacked the decision of the Council because the latter institution failed to keep informed the EP at all stages of the procedure leading to the conclusion of the agreement. With its judgement of the 24 June 2014, the CJEU rejected the thesis of the EP. By making reference to its ‘centre of gravity’ test the CJEU decided to focus on the context of Operation Atalanta in which the agreement was concluded and held such link sufficient to exclude the necessity to make recourse to other, incidental, aims of an agreement to integrate the choice of the correct legal basis. On the other hand, the CJEU found that the Council had violated the right of the EP to be kept informed, at all stages, about the negotiations and conclusion of agreements and annulled the contested act. With this judgement the CJEU has contributed in making clear that the respect of procedural requirements between the Council and the EP is important even when the role of the EP is merely passive. At the same time, whilst the case brought by the EP could have been used to clarify the relationship between external action under the CFEP and other instruments of external relations based on the TFEU, the CJEU missed on this opportunity and solved the case formalistically.

KEY WORDS: EU - Mauritius Agreement; Operation Atalanta; Choice of the proper legal basis; Conclusion of international agreements; Division of competences between the TEU and the TFEU; Procedure to conclude international agreements ex Article 218 TFEU; Right to be immediately and fully informed of the European Parliament.

TJUE – SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 24 JUNIO 2014 (GRAN SALA),  
PARLAMENTO/CONSEJO, C-658/11 – «RELACIONES EXTERIORES DE LA UE –  
ANULACIÓN DE LA DECISIÓN RELATIVA A LA CONCLUSIÓN DEL ACUERDO  
ENTRE LA UE Y MAURICIO – ELECCIÓN DE LA BASE JURÍDICA ADECUADA»

---

¿CONTEXTO O CONTENIDO? UNA BASE JURÍDICA PESC O ELSJ  
PARA LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE LA UE

RESUMEN: En el asunto C-658/11, Parlamento/Consejo, se le ha solicitado al TJUE la evaluación de la legitimidad de la Decisión del Consejo 2011/640/PESC relativa a la conclusión del Acuerdo entre la UE y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega y enjuiciamiento de los individuos arrestados en el marco de la Operación Atalanta. En concreto, aunque el Parlamento Europeo estaba de acuerdo con el Consejo sobre la elección del artículo 37 TUE, ha sostenido que el Acuerdo no podía concluirse exclusivamente sobre la base de dicho artículo, porque no estaba vinculado exclusivamente con la PESC ya que tenía relación con otras políticas del TFUE. Además, el Parlamento Europeo había atacado la Decisión del Consejo porque éste había omitido la obligación de informarle en virtud del artículo 218.10 TFUE. En su sentencia de 24 de junio de 2014, el TJUE ha rechazado la tesis del Parlamento Europeo. Haciendo referencia a su doctrina del «centro de gravedad» para la elección de la base jurídica adecuada, el TJUE ha decidido concentrarse en el contexto de la Operación Atalanta en la que el Acuerdo se concluyó y ha considerado que dicho vínculo es suficiente. Por otra parte, el TJUE ha considerado que el Consejo ha infringido el derecho del Parlamento Europeo a ser informado en todas las etapas de la negociación y conclusión de los acuerdos y ha anulado el acto atacado. Con esta sentencia el TJUE aclara que el respeto de las exigencias procedimentales en las relaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo es importante incluso cuando la función del Parlamento Europeo es puramente pasiva. Al mismo tiempo, el TJUE ha resuelto el asunto con un enfoque bastante formalista y ha perdido la ocasión de con este asunto planteado por el Parlamento Europeo de clarificar la relación entre la acción exterior en el ámbito de la PESC y otros instrumentos de las relaciones exteriores basados en el TFUE.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo entre la UE y la República de Mauricio; Operación Atalanta; Elección de la base jurídica adecuada; Celebración de acuerdo internacionales; Reparto de competencias entre el TUE y el TFUE; Procedimiento a seguir según el artículo 218 TFUE; Derecho del Parlamento Europeo a ser inmediata y plenamente informado de la negociación y conclusión de tratados internacionales.

ARRÊT DE LA COUR (GRANDE CHAMBRE), 24 JUIN 2014 (GRANDE CHAMBRE),  
PARLEMENT/CONSEIL, AFFAIRE C-658/11, «RELATIONS EXTERIEURES  
DE L'UE – ANNULATION DE LA DECISION PORTANT SUR LA CONCLUSION  
DE L'ACCORD UE-MAURICE – CHOIX DE LA BASE JURIDIQUE APPROPRIEE»

---

CONTEXTE OU CONTENU? UNE BASE JURIDIQUE PESC OR ELSJ  
POUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX DE L'UE

RÉSUMÉ: Dans l'affaire C-658/11 Parlement Européen contre Conseil, la CJUE a été demandé d'évaluer la légitimité de la décision 2011/640/PESC concernant la conclusion de l'accord entre l'UE et Mauritius sur le transfert et le jugement des individus arrêtés dans le cadre de l'opération Atalanta. Plus précisément, alors que le Parlement Européen était en accord avec le Conseil sur le choix de l'article 37 du TUE, il a néanmoins soutenu que l'accord ne pouvait être conclu seulement sur le dit article parce que l'accord n'était pas exclusivement liés à la PESC, et contenait des liens à d'autres politiques de l'UE contenues dans le TFUE. En outre, le Parlement Européen avait également attaqué la décision du Conseil car ce dernier a omis de tenir informé le Parlement Européen au sens de l'Article 218 (10) TFUE. Avec son arrêt du 24 Juin 2014, la CJUE a rejeté la thèse de l'EP. En faisant référence à sa doctrine du «centre de gravité» pour le choix de la bonne base juridique, la CJUE a décidé de se concentrer sur le contexte de l'opération Atalanta dans laquelle l'accord a été conclu et maintenu que tel lien était suffisant. D'autre part, la CJUE a estimé que le Conseil avait en effet violé le droit du Parlement Européen à être tenu informé, à tous les stades, sur les négociations et la conclusion d'accords et a annulé l'acte attaqué. Avec cet arrêt, la CJUE a contribué à rendre clair que le respect des exigences de procédure entre le Conseil et le Parlement européen est importante même lorsque le rôle du Parlement européen est purement passive. Au même temps, alors que le procès intenté par le Parlement Européen aurait pu être utilisé pour clarifier la relation entre l'action extérieure dans le cadre de la PESC et d'autres instruments de relations extérieures fondé sur le TFUE, la CJUE a raté cette occasion et a résolu le cas avec un approche assez formaliste.

MOTS CLÉS: accord entre UE - Mauritius; Opération Atalanta; Choix de la base juridique appropriée; conclusion d'accords internationaux; répartition des compétences entre le TUE et le TFUE; procédure à suivre selon l'Article 218 du TFUE; droit d'être immédiatement et pleinement informé du Parlement Européen.

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MAYO – AGOSTO 2014

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE  
PETRA NEMECKOVA\*

1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.
2. CONTENCIOSO.
3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA.
4. COMPETENCIA.
5. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES.
6. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD.
7. RELACIONES EXTERIORES.

## 1. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

*En la medida en que las normas procesales nacionales aplicables lo permitan, un tribunal nacional debe o bien completar la cosa juzgada mediante su resolución anterior que dio lugar a una situación opuesta a la normativa de la Unión, o bien reconsiderar esa resolución, con objeto de tener en cuenta la interpretación de esa normativa efectuada posteriormente por el Tribunal de Justicia (sentencia de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13).*

En el curso del litigio principal, que versaba sobre la validez de un anuncio de estudio de mercado para la construcción de una ciudad judicial en Bari, el juez nacional había ordenado que la administración finalizara el procedimiento de licitación mediante una resolución apropiada. El proyecto fue suspendido por la administración por falta de fondos. Una vez dictada la sentencia desfavorable a la administración, las autoridades aprobaron un cambio en el plan de urbanismo en relación con los terrenos afectados por la construcción de la proyectada ciudad judicial de Bari. Contra este cambio, la em-

---

\* Miembros del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas, Bélgica.

presa adjudicataria invocó el principio de cosa juzgada. El *Consiglio di Stato* italiano cuestionaba la aplicación de este principio si se probase la existencia de una situación jurídica opuesta a la normativa de la Unión, en este caso, contraria a la materia de adjudicación de contratos públicos de obras.

El Tribunal de Justicia concluye, en primer lugar, que la normativa europea sobre la adjudicación de obras públicas (directivas anteriores a la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios) se aplica al proyecto examinado en el litigio principal, y por tanto la autoridad adjudicadora puede influir de manera determinante en el proyecto.

En segundo lugar, e interesante desde la perspectiva de los principios fundamentales, el Tribunal realiza un fino análisis del equilibrio entre la observación del principio de cosa juzgada y el respeto de las normas de la Unión en materia de contratos públicos. Recuerda, al respecto, la jurisprudencia *Eco Swiss y Kapferer* que establece que el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada, éste deba, por regla general, reconsiderar dicha resolución. Sin embargo, cuando la cuestión concierne principios que rigen el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión (como fue el caso en *Lucchini*) o cuando las normas procesales nacionales implican una posibilidad de reconsiderar, bajo determinadas circunstancias que deben concurrir en el asunto en autos, una resolución judicial nacional con fuerza de cosa juzgada, esta posibilidad debe prevalecer, de acuerdo con los principios de equivalencia y de efectividad a fin de que se restablezca la conformidad de la situación de que se trate en el procedimiento principal con la normativa de la Unión en materia de contratos públicos de obras. A este respecto, el Tribunal señala que esa normativa contiene normas esenciales del Derecho de la Unión, en la medida en que pretende garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, a efectos de una apertura a la concurrencia no falseada en todos los Estados miembros. En el caso de autos esta posibilidad parecía existir, ya que el tribunal remitente señaló que puede, con determinados requisitos, completar el fallo original de una de sus sentencias mediante resoluciones de ejecución.

***El derecho de acceso a documentos no excluye la divulgación del asesoramiento jurídico, y la institución deberá comprobar si la divulgación supondría un perjuicio para la protección que debe tener dicho asesoramiento, en el sentido de que causaría un perjuicio al interés de una institución en solicitar dictámenes jurídicos y recibir dictámenes sinceros, objetivos y completos (sentencia de 3 de julio de 2014, Consejo/Sophie in't Veld, C-350/12 P).***

En materia de acceso a documentos, conviene citar el recurso de casación

interpuesto por el Consejo en el que solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General (*In't Veld/Consejo*, T-529/09), por la que se anuló parcialmente una decisión del Consejo denegatoria del acceso íntegro a un documento que contiene el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre una recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorizara la apertura de negociaciones entre la UE y los Estados Unidos de América con vistas a la celebración de un acuerdo internacional destinado a poner a disposición del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos datos de mensajería financiera.

El Tribunal considera que el mero hecho de que un documento se refiera a un interés protegido por una excepción al derecho de acceso no basta para justificar la aplicación de esta excepción. La institución afectada tiene el deber de explicar las razones por las que el acceso a dicho documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por una excepción. Por otra parte, cuando una institución aplica una de las excepciones previstas en el Reglamento 1049/2001, le corresponde ponderar el interés específico que debe protegerse no divulgando el documento de que se trate y, en particular, el interés general en que dicho documento sea accesible, habida cuenta de las ventajas que se derivan de una mayor apertura, a saber, una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. De la jurisprudencia no se podía inferir una norma general en virtud de la cual la divulgación de la existencia de una discrepancia de opinión entre instituciones sobre la base jurídica que faculta a una de ellas a iniciar negociaciones para la celebración de un acuerdo internacional y, por tanto, la determinación del acto de la Unión idóneo a tal fin, cause en sí un perjuicio al interés público por lo que respecta a las relaciones internacionales de la Unión.

Pues bien, en la decisión objeto de litigio, el Consejo no había aportado ningún dato que demostrara de qué manera el acceso al documento solicitado podría provocar concreta y efectivamente un perjuicio al interés protegido. El Tribunal también analiza más detalladamente los efectos de que el documento cuya divulgación se solicitaba se refiriera a un dictamen jurídico. Recuerda que dichos documentos no se excluyen automáticamente del derecho al acceso, sino que la Institución debe examinar si la divulgación de las partes del documento que contienen asesoramiento jurídico supone un perjuicio para la protección que debe tener dicho asesoramiento, en el sentido de que causaría un perjuicio al interés de una institución en solicitar dictámenes jurídicos y recibir dictámenes sinceros, objetivos y completos. Para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no meramente hipotético.

***Un derecho del trabajador que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva relevante no puede ser examinado a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales (sentencia de 10 de julio 2014, Julián Hernández, C-198/13)***

En virtud de la normativa laboral española, el empresario puede reclamar al Estado el pago de los salarios denominados «de tramitación» devengados a partir de un momento dado durante el procedimiento de impugnación del despido por improcedente. Además, cuando el empresario no ha pagado esos salarios y se encuentra en estado de insolvencia provisional, el trabajador interesado puede reclamar directamente a la administración el pago de dichos salarios. Estas normas se aplican solamente en caso de despido improcedente pero no en caso de despido nulo. Mientras que en caso de despido improcedente, el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o el abono de determinadas indemnizaciones económicas, el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El juez remitente planteaba si dicha diferenciación entre despido improcedente y nulo, a efectos de salarios de tramitación, entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y si dicha práctica no es contraria al principio general de la no discriminación protegido por el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales.

El Tribunal señala que el Derecho español deberá apreciarse a la luz del artículo 20 de la Carta siempre que esté comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (en este caso la Directiva 2008/94). Recuerda que las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Según el apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. El concepto de «aplicación del Derecho de la Unión», a efectos del artículo 51 de la Carta, requiere la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión, de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra.

Aplicando estas premisas, el Tribunal llega a la conclusión de que las disposiciones laborales españolas no entran en el ámbito de la Directiva, y, por tanto, tampoco de la Carta, puesto que no tienen por objeto el reconocimiento de un crédito del trabajador derivado de su relación de trabajo y existente frente a su empresario, al que pudiera aplicarse la Directiva 2008/94, sino el de un derecho de diferente naturaleza, a saber, el derecho del empresario a reclamar al Estado la indemnización del perjuicio sufrido a causa de

la lentitud de la administración de justicia, como consecuencia del hecho de que la legislación nacional obliga al empresario a pagar los salarios durante el procedimiento de impugnación del despido. Se trata entonces del derecho al pago de los salarios de tramitación en concepto de indemnización atribuida al empresario por el legislador español, cuyo pago sólo puede reclamar el trabajador asalariado en virtud de una subrogación legal.

***El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales relativo al derecho a una buena administración solo vincula a la administración de la Unión y no puede ser invocado frente a las autoridades nacionales por el solicitante de un derecho de residencia (sentencia 17 de julio de 2014, YS y M y S, asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12)***

Las peticiones de decisión prejudicial tenían por objeto la interpretación de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y del artículo 41, apartado 2, letra b), de la Carta de los Derechos Fundamentales, que garantiza el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Dichas peticiones se presentaron en el marco de dos litigios entre, por una parte, YS, nacional de un tercer país que presentó una solicitud de permiso de residencia temporal en los Países Bajos, y el Ministerio de Inmigración, Integración y Asilo de los Países Bajos, y, por otra parte, el mismo Ministerio y M y S, también nacionales de un tercer país que presentaron una solicitud conjunta, con ocasión de la negativa la administración neerlandesa a comunicarles una copia de un documento administrativo redactado con carácter previo a la adopción de las resoluciones relativas a sus solicitudes de permiso de residencia.

El Tribunal interpreta el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que los datos relativos al solicitante de un documento de residencia que figuran en un documento administrativo, como la «minuta» controvertida en los litigios principales, que expone los motivos que el agente formula en apoyo del proyecto de resolución que está encargado de redactar en el procedimiento previo a la adopción de una resolución relativa a la solicitud de tal documento y, en su caso, los que figuran en el análisis jurídico incluido en ese documento son «datos personales» en el sentido de dicha disposición, sin que dicho análisis pueda recibir, en cambio, como tal, la misma calificación. Por otro lado, el artículo 12, letra a), de la Directiva, y el artículo 8, apartado 2, de la Carta deben interpretarse en el sentido de que el solicitante de un documento de residencia dispone de un derecho de acceso a todos los datos personales que le conciernen que sean objeto de tratamiento por las autoridades administrativas nacionales en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva. Para dar cumplimiento a este derecho, basta con

facilitar a dicho solicitante una idea completa de esos datos en forma inteligible, es decir, permitiéndole conocer dichos datos y comprobar que son exactos y son tratados de conformidad con esta Directiva para que pueda, en su caso, ejercer los derechos que dicha Directiva le confiere.

Es importante detenerse en el análisis del ámbito de aplicación del artículo 41 de la Carta. El derecho a una buena administración refleja un principio general del Derecho de la Unión. No obstante, mediante sus cuestiones prejudiciales, los tribunales remitentes no solicitaban una interpretación de ese principio general, sino que trataban de saber si el artículo 41 de la Carta puede aplicarse, como tal, a los Estados miembros de la Unión. Según el Tribunal, del tenor literal del artículo resulta con claridad que va dirigido, no a los Estados miembros, sino únicamente a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y, por tanto, no puede ser invocado frente a las autoridades nacionales.

***La Directiva sobre el permiso de conducción es compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales (sentencia de 22 de mayo de 2014, Glatzel, C-356/12)***

Este asunto suscitaba la compatibilidad con la Carta de las exigencias de agudeza visual para obtener el permiso de conducir. El Tribunal concluye que el examen de la cuestión planteada no había revelado ningún aspecto que pueda afectar a la validez del anexo III, punto 6.4, de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción, en su versión modificada por la Directiva 2009/113/CE de la Comisión, en relación con los artículos 20, 21, apartado 1, o 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

En lo que atañe a la determinación de ese valor mínimo de agudeza visual exigido por la Directiva 2006/126 recuerda que el legislador de la Unión dispone de una amplia facultad de apreciación en cuestiones de orden médico complejas, como la agudeza visual necesaria para conducir vehículos de motor. En efecto, en ese contexto el juez de la Unión no puede sustituir la apreciación de los hechos de carácter científico y técnico por el legislador, a quien los Tratados constitutivos atribuyeron esa función, por la suya propia. Cuando persiste una incertidumbre acerca de la existencia o el alcance de riesgos para la salud de las personas, el legislador de la Unión puede adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de dichos riesgos. Dada la estrecha relación existente entre la seguridad vial y la protección de la salud de los usuarios de las vías de circulación, cuando, conforme al artículo 8 de la Directiva 2006/126, el legislador de la Unión adapta las normas mínimas en materia de agudeza visual al progreso científico y técnico, puede optar, ante una situación de incertidumbre científica, por dar prioridad a las consideraciones relacionadas con la mejora de la seguridad vial. Así pues, el hecho de que el legislador de

la Unión, en aras de no comprometer la seguridad vial, haya decidido no suprimir toda exigencia mínima de agudeza visual del ojo en peores condiciones de los conductores del grupo 2 previsto en el anexo III de esa Directiva, no confiere a esa medida de adaptación un carácter desproporcionado.

En relación con la integración de las personas discapacitadas enunciada en el artículo 26 de la Carta recuerda que, según resulta del artículo 52, apartados 5 y 7, de la Carta y de las explicaciones sobre ésta referidas a los artículos 26 y 52, apartado 5, de la Carta, el artículo 26 de ésta puede invocarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos legislativos de la Unión que apliquen el principio enunciado en ese artículo, a saber, la integración de las personas discapacitadas. Toda vez que la Directiva 2006/126 constituye un acto legislativo de la Unión que aplica el principio enunciado en el artículo 26 de la Carta, esta última disposición es aplicable al litigio principal. Además, en virtud del artículo 51, apartado 1, segunda frase, de la Carta, el legislador de la Unión observará y promoverá la aplicación de los principios enunciados por ésta.

Acerca del principio de integración de las personas discapacitadas, el artículo 26 de la Carta proclama que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Por lo tanto, aunque el artículo 26 de la Carta exige que la Unión respete y reconozca el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas de integración, el principio enunciado por ese artículo no implica, en cambio, que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida específica. En efecto, para que aquel artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. Por consiguiente, ese artículo no puede por sí solo conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal.

***El Tribunal de Justicia anula la Directiva 2011/82, de intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, por basarse en una base jurídica incorrecta (sentencia de 6 de mayo de 2014, Comisión / Parlamento y Consejo, C-43/12)***

En 2008, la Comisión presentó al Parlamento y al Consejo una propuesta de Directiva destinada, esencialmente, a facilitar el intercambio de información respecto a determinadas infracciones de tráfico y la ejecución transfronteriza de las sanciones por dichas infracciones. Esta propuesta tenía como base jurídica la competencia de la Unión en materia de seguridad en los transportes. En 2011, el Parlamento y el Consejo adoptaron la Directiva 2011/8, tomando, sin embargo, como base jurídica la competencia de la Unión en el ámbito de cooperación policial. La Comisión interpuso recurso de anulación por entender que dicha Directiva se había adoptado sobre una base jurídica equivocada.

La Directiva establece un procedimiento de intercambio de información entre Estados miembros referente a ocho infracciones en materia de seguridad vial. De esta forma los Estados miembros pueden acceder en otros Estados miembros a los datos nacionales relativos a la matriculación de vehículos y determinar la persona responsable de la infracción.

Según el Tribunal de Justicia, para apreciar si la Directiva podía adoptarse válidamente sobre la base de la cooperación policial, ha de examinarse la finalidad y el contenido de la Directiva. Por lo que atañe a la finalidad, el Tribunal llega a la conclusión de que el objetivo principal o preponderante de la Directiva es la mejora de la seguridad vial, pues, si bien es cierto que dicha Directiva instaura un sistema de intercambio transfronterizo de información sobre infracciones en materia de seguridad vial, no es menos cierto que este sistema se establece precisamente para que la Unión pueda perseguir el objetivo de mejorar la seguridad vial. Por lo que atañe a su contenido, el Tribunal declara que el sistema de intercambio de datos entre las autoridades competentes de los Estados miembros constituye el instrumento mediante el cual la Directiva persigue el objetivo de mejorar la seguridad vial, puesto que las medidas destinadas a mejorar la seguridad vial forman parte de la política de transportes. Por tanto, la Directiva debería haber sido adoptada sobre este fundamento, ya que, por su finalidad y por su contenido, constituye una medida que permite mejorar la seguridad en los transportes. Además, la Directiva no guarda relación directa con los objetivos de la cooperación policial, puesto que éstos se refieren al desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, por una parte, y a la prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia, por otra parte.

## 2. CONTENCIOSO

***Los tribunales arbitrales portugueses en materia tributaria no son órganos arbitrales en sentido estricto y se consideran órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado (sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi, C-377/13)***

Desde el punto de vista del contencioso comunitario, esta sentencia podría considerarse un caso límite de la definición de «órgano jurisdiccional» facultado a plantear cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 del Tratado. El tribunal en cuestión era el «Tribunal Arbitral Tributário», tribunal arbitral portugués en materia tributaria. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme a una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, deberá tenerse en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obliga-

torio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.

En el litigio principal, resultaba de las indicaciones proporcionadas en la resolución de remisión que los tribunales arbitrales en materia tributaria tienen origen legal, puesto que figuran en la lista de órganos jurisdiccionales nacionales de la Constitución portuguesa. Por otra parte, las normas portuguesas precisan que el arbitraje tributario constituye un medio alternativo de resolución jurisdiccional de litigios en materia tributaria para apreciar la legalidad de la liquidación de cualquier impuesto. Los tribunales arbitrales en materia tributaria cumplen la exigencia de permanencia y el procedimiento es contradictorio. Los árbitros estarán sometidos, por ley, a los principios de imparcialidad y de independencia. Las resoluciones de estos tribunales son vinculantes para las partes y su competencia no depende del acuerdo de éstas. Por estas razones, el Tribunal concluye que el «Tribunal Arbitral Tributario», cuyas decisiones son vinculantes para las partes, se distingue de un órgano arbitral en sentido estricto. En efecto, su competencia resulta directamente de las disposiciones de la ley nacional, no estando, por ello, subordinada a la previa expresión por las partes de la voluntad de someter sus diferencias a arbitraje. Así, cuando el contribuyente recurrente somete su discrepancia al arbitraje tributario, la competencia del «Tribunal Arbitral Tributario» tiene carácter obligatorio para la autoridad tributaria y aduanera.

***El que un tribunal nacional haya considerado necesario, en un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión controvertido en el litigio principal no debe considerarse un factor decisivo a la hora de determinar si el Estado miembro incurrió o no en una violación manifiesta de ese Derecho (sentencia de 10 de julio de 2014, Ogieriakhi, C-244/13).***

En el marco de un litigio nacional por daños y perjuicios supuestamente causados por la administración del Estado, el tribunal remitente preguntaba, en esencia, si el hecho de que un tribunal nacional haya considerado necesario, en un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión controvertido en el litigio principal debe considerarse un factor decisivo a la hora de determinar si el Estado miembro incurrió o no en una violación manifiesta de ese Derecho.

El Tribunal recuerda jurisprudencia reiterada según la que los tribunales nacionales disponen de una amplísima facultad para plantear una pregunta

prejudicial si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión. De esta forma, el mero hecho de plantear una cuestión prejudicial no puede limitar la libertad del juez que conoce del fondo del asunto. En efecto, la respuesta a la cuestión de si una violación del Derecho de la Unión estuvo suficientemente caracterizada se deriva, no del mero ejercicio de la facultad establecida en el artículo 267 TFUE, sino de la interpretación que ofrezca el Tribunal. En definitiva, la facultad de los tribunales nacionales de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal, si lo estiman necesario, para obtener una interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, se vería limitada, sin duda, si el ejercicio de esa facultad resultara decisivo para constatar la existencia o la inexistencia de una violación manifiesta del Derecho de la Unión, con objeto de determinar la eventual responsabilidad del Estado miembro de que se trate por violación del Derecho de la Unión. Así pues, este efecto pondría en entredicho el sistema del procedimiento de remisión prejudicial, su finalidad y sus características.

### 3. MERCADO INTERIOR, LIBRE CIRCULACION Y CIUDADANIA EUROPEA

***Una sociedad establecida en un Estado del EEE y propietaria de un buque que enarbola pabellón de un país tercero puede invocar la libre prestación de servicios cuando lleva a cabo servicios de transporte marítimo desde o hacia un Estado del EEE (sentencia de 8 de julio de 2014, Fonnship, C-83/13).***

El Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, prevé que la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros es aplicable a los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro distinto del Estado del destinatario de los servicios. También se aplica a los nacionales de los Estados miembros establecidos fuera de la Unión y a las compañías navieras establecidas fuera de la Unión y controladas por nacionales de un Estado miembro, siempre que los buques estén registrados en ese Estado miembro conforme a la legislación de éste.

Fonnship es una sociedad noruega que debido a diversos conflictos colectivos tuvo que firmar convenios con sindicatos suecos, aun cuando el buque enarbolaba pabellón panameño y su tripulación tenía nacionalidad polaca y rusa. Fonnship era el empresario que había contratado a la tripulación. Fonnship presentó una demanda ante el Arbetsdomstolen (Tribunal de Trabajo, Suecia) contra

cada uno de los sindicatos suecos solicitando que se les condenara al pago de una indemnización por el perjuicio económico causado por la perturbación de la prestación de sus servicios derivada de sus dos medidas de conflicto colectivo.

El Tribunal de Justicia señala en primer lugar que, al definir el ámbito de aplicación personal de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes marítimos desde o hacia Estados parte del Acuerdo EEE, el Derecho de la Unión identifica dos categorías de personas que pueden invocar la libre prestación de servicios: por un lado, los nacionales de un Estado parte del Acuerdo EEE establecidos en el EEE, y, por otro lado, los nacionales de un Estado parte del Acuerdo EEE establecidos en un país tercero y las compañías navieras establecidas en un país tercero y controladas por nacionales de un Estado parte del Acuerdo EEE. Al incluir en el mencionado ámbito de aplicación personal a nacionales de un Estado miembro establecidos en un país tercero o que controlen en él a una compañía naviera, el legislador de la Unión ha querido garantizar que una parte importante de la flota comercial controlada por nacionales de un Estado miembro disfrute de la liberalización del sector de los transportes marítimos, de modo que los armadores de los Estados miembros puedan hacer frente, más fácilmente, a las restricciones impuestas por los países terceros.

El legislador ha establecido un requisito de conexión al disponer que los buques deben estar registrados en un Estado parte del Acuerdo EEE, de modo que los nacionales de un Estado parte del Acuerdo EEE que operen desde un establecimiento situado en un país tercero estarán excluidos de la libre prestación de servicios si sus buques no enarbolan pabellón de dicho Estado. La falta de un requisito similar para los nacionales de un Estado parte del Acuerdo EEE que operen desde un establecimiento situado en el EEE demuestra que el legislador estimó que dicha categoría de personas presenta por sí misma una conexión lo suficientemente estrecha con el Derecho del EEE como para estar incluida en el ámbito de aplicación personal de la legislación de la Unión, y ello con independencia del pabellón que enarbolan sus buques.

El Tribunal de Justicia señala que, habida cuenta de esta distinción, es necesario comprobar si puede considerarse que la persona o la sociedad de que se trate es el prestador de los servicios. Así sucede si dicha persona o sociedad explota el buque mediante el cual se realiza el transporte. Suponiendo que Fonnship debiera ser calificada de prestadora de servicios de transporte, y puesto que no se discutía que en este asunto los destinatarios de dichos servicios estaban establecidos en un Estado parte del Acuerdo EEE distinto de Noruega, el tribunal remitente tendrá que concluir que dicha sociedad está comprendida en el ámbito de aplicación personal del Derecho de la Unión. En ese caso, cualquier restricción que, sin justificación objetiva, haya podido prohibir, obstaculizar o restar interés a la prestación de servicios debe ser declarada incompatible con el Derecho de la Unión. La aplicación del Dere-

cho de la Unión no se ve afectada en absoluto por el hecho de que el buque que efectúe el transporte marítimo y en el que estén empleados los trabajadores en favor de los cuales se adopten las medidas de conflicto colectivo enarbole pabellón de un país tercero ni por el hecho de que los miembros de la tripulación del buque sean nacionales de países terceros.

***No se puede denegar la inscripción en el registro del Colegio de abogados a los nacionales de un Estado miembro que hayan obtenido la cualificación profesional de abogado en otro Estado miembro (sentencia de 17 de julio de 2014, Torresi y otros, C-58/13, C-59/13).***

El Tribunal interpreta el artículo 3 de la Directiva 98/5 en el sentido de que no puede constituir una práctica abusiva el hecho de que un nacional de un Estado miembro se traslade a otro Estado miembro para adquirir en éste la cualificación profesional de abogado, como resultado de la superación de exámenes universitarios, y regrese al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él la profesión de abogado con el título profesional obtenido en el Estado miembro en el que adquirió esa cualificación profesional.

El derecho de los nacionales de un Estado miembro a elegir el Estado miembro en el que desean adquirir sus cualificaciones profesionales, por un lado, y el Estado miembro en el que tienen la intención de ejercer su profesión, por otro, es inherente al ejercicio en un mercado único de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados. Así pues, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que ha obtenido un título universitario en ese mismo Estado se traslade a otro Estado miembro para adquirir en él la cualificación profesional de abogado y regrese posteriormente al Estado miembro del que es nacional para ejercer en éste la profesión de abogado con el título profesional obtenido en el Estado miembro en el que adquirió esa cualificación profesional representa uno de los supuestos en los que se alcanza el objetivo de la Directiva 98/5 y no puede constituir por sí solo un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento derivado del artículo 3 de la Directiva 98/5. Además, la circunstancia de que el nacional de un Estado miembro haya elegido adquirir una cualificación profesional en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside para beneficiarse en él de una legislación más favorable no permite por sí solo concluir que existe un fraude de ley.

Por otra parte, no puede desvirtuar esa apreciación el hecho de que la presentación de la solicitud de inscripción en el registro de los abogados establecidos ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida se haya producido poco tiempo después de la obtención del título profesional en el Estado miembro de origen. En efecto, el artículo 3 de la Directiva 98/5 no prevé en absoluto que la inscripción de un abogado, que desee ejercer en un Estado miembro distinto de aquel en el que ha adquirido su cualificación profesional, ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida se con-

dicione al cumplimiento de cierto período de experiencia práctica como abogado en el Estado miembro de origen.

Con su segunda cuestión el tribunal remitente preguntaba en sustancia si, el artículo 3 de la Directiva 98/5 es inválido en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2. El Tribunal recuerda que, en virtud del artículo 4 TUE, apartado 2, la Unión Europea respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos. Observa que el artículo 3 de la Directiva 98/5 atañe únicamente al derecho a establecerse en un Estado miembro para ejercer en él la profesión de abogado con el título profesional obtenido en el Estado miembro de origen. Esa disposición no regula el acceso a la profesión de abogado ni su ejercicio con el título profesional expedido en el Estado miembro de acogida. De ello se sigue necesariamente que una solicitud de inscripción en el registro de los abogados establecidos presentada en virtud del artículo 3 de la Directiva 98/5 no permite eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de acogida relativa al acceso a la profesión de abogado. Por tanto, se ha de considerar que el artículo 3 de la Directiva 98/5, en cuanto permite a los nacionales de un Estado miembro que obtengan el título profesional de abogado en otro Estado miembro ejercer la profesión de abogado en el Estado del que son nacionales con el título profesional obtenido en el Estado miembro de origen no puede en ningún caso afectar a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales ni a las funciones esenciales del Estado miembro de acogida, en el sentido del artículo 4 TUE, apartado 2.

***Una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas propias de la última fase del embarazo y del período subsiguiente al parto puede mantener la condición de «trabajadora», si se reincorpora a su trabajo o vuelve a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo (sentencia de 19 de junio de 2014, Saint Prix, C-507/12).***

En el Reino Unido, el complemento de ingresos («income support») es una prestación que puede concederse a algunas categorías de personas cuyos ingresos no superen un importe determinado. En concreto, las mujeres embarazadas y las que hayan dado a luz pueden solicitar dicha prestación durante el período de tiempo inmediatamente anterior y posterior al parto. No obstante, las «personas de origen extranjero» (esto es, los solicitantes que no tengan su residencia habitual en el Reino Unido) no tienen derecho a recibir la prestación, salvo que hayan adquirido la condición de trabajadores en el sentido de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La Sra. Saint Prix, de nacionalidad francesa, llegó al Reino Unido en 2006.

Embarazada de casi seis meses, dejó dicho trabajo, ya que le exigía un esfuerzo que en ese momento le resultaba excesivo. La solicitud de complemento de ingresos que presentó posteriormente fue denegada por la Administración británica, por entender que había perdido la condición de trabajadora. La Sra. Saint Prix se reincorporó a su trabajo tres meses después del nacimiento de su hijo.

En su sentencia, el Tribunal considera que las mujeres que se encuentren en la situación de la Sra. Saint Prix pueden mantener la condición de «trabajadoras». Para apoyar su razonamiento, el Tribunal recuerda que los ciudadanos de la Unión que ya no ejerzan ninguna actividad podrán mantener, no obstante, la condición de trabajadores en determinados casos (incapacidad laboral temporal, paro involuntario o formación profesional). El Tribunal señala que la Directiva sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión a la libre circulación y residencia no enumera de forma exhaustiva las circunstancias en las que los trabajadores migrantes pueden seguir disfrutando de la condición de trabajadores pese a haber perdido su empleo. En cualquiera de los casos, la Directiva, que persigue explícitamente facilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, no puede limitar por sí misma el alcance del concepto de trabajador, en el sentido del TFUE. De la jurisprudencia se desprende que tanto la consideración de trabajador, en el sentido del TFUE, como los derechos que se derivan de dicha condición, no dependen necesariamente de la existencia o de la permanencia efectiva de una relación laboral.

En estas circunstancias, el hecho de que las limitaciones físicas propias de la última fase del embarazo y del período inmediatamente posterior al parto obliguen a una mujer a dejar de ejercer una actividad por cuenta ajena durante el período necesario para restablecerse no puede privarla, en principio, de la condición de «trabajadora». Efectivamente, aunque en la práctica la persona afectada no haya estado presente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida durante algunos meses, ello no implica que haya dejado de pertenecer a dicho mercado durante ese período, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un plazo razonable contado a partir del parto. De otro modo, las ciudadanas de la Unión se verían disuadidas de ejercer su derecho a la libre circulación, porque correrían el riesgo de perder la condición de trabajadoras en el Estado de acogida. El Tribunal precisa que, para determinar si puede considerarse razonable el período transcurrido entre el parto y la reincorporación al trabajo, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias específicas de cada caso concreto, así como las normas nacionales que regulen la duración del permiso de maternidad.

#### 4. COMPETENCIA

***Cuando un cártel provoca el aumento de los precios de los competidores, puede que los miembros del cártel deban responder del perjuicio causado y en dicho caso, la víctima puede reclamar la reparación aunque no tenga ningún vínculo contractual con los miembros del cártel (sentencia de 5 de junio de 2014, Kone, C-557/12).***

En 2008 las autoridades austriacas impusieron multas a varias empresas (entre ellas, Kone, Otis y Schindler) por haber puesto en marcha en el mercado austriaco un cártel relativo a los ascensores y cintas transportadoras. La sociedad ÖBB Infrastruktur AG («ÖBB»), filial de la compañía de ferrocarriles austriacos, compró ascensores y cintas transportadoras a empresas que no participaban en el cártel, sufriendo perjuicios debido a que sus proveedores fijaron un precio más alto del que se habría fijado de no haber existido el cártel. ÖBB reclamaba a los miembros del cártel austriaco la indemnización por los perjuicios sufridos. El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco), que conoce del litigio, preguntaba al Tribunal de Justicia si los miembros del cártel podían ser considerados responsables del perjuicio que ÖBB afirmaba haber sufrido. Según el Derecho austriaco, la indemnización no es posible porque el perjuicio ha sido ocasionado por una decisión del proveedor, que no era miembro del cártel y actuó con arreglo a la legalidad.

En su sentencia el Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que el efecto útil de la prohibición de las concertaciones contrarias a la competencia quedaría en entredicho si los justiciables no pudieran solicitar la reparación del daño causado por una infracción de las normas de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia declara que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando existe una relación de causalidad entre dicho daño y la concertación de que se trata.

El Tribunal señala que el precio de mercado es uno de los principales elementos que una empresa toma en consideración cuando determina el precio al que ofrece sus productos o servicios. Cuando un cártel consigue mantener un precio artificialmente elevado para determinados productos y se dan determinadas condiciones de mercado relativas, en particular, a la naturaleza del producto o al tamaño del mercado afectado por el cártel, no cabe excluir que la empresa competidora, ajena a éste, elija fijar el precio de su oferta en un importe superior al que habría elegido en condiciones normales de competencia, es decir, si no existiera dicho cártel. En estas circunstancias, aunque la determinación de un precio de oferta se considere una decisión meramente autónoma, adoptada por una empresa no participante en un cártel, procede estimar que esta decisión se ha podido adoptar tomando como referencia un precio de mercado falseado por el cártel y, por consiguiente, contrario a las normas sobre competencia. De ello se sigue que el hecho de que el cliente de una empresa

no participante en el cártel, pero beneficiaria de las condiciones económicas del efecto paraguas sobre los precios, sufra un daño debido a un precio de oferta superior al que habría existido en ausencia del cártel forma parte de los posibles efectos de dicho cártel, que sus miembros no pueden ignorar.

El Derecho austriaco excluía, de manera categórica, un derecho a indemnización en una situación como la del litigio principal, debido a que se considera que, a falta de un vínculo contractual con un miembro del cártel, la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y el cártel de que se trata queda roto por la decisión autónoma de la empresa no participante en dicho cártel, pero que, a causa de la existencia de éste, ha fijado un precio a su amparo («umbrella pricing»). Es cierto que corresponde en principio al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar las normas relativas a la aplicación del concepto «relación de causalidad». Sin embargo, estas normas nacionales deben garantizar la plena efectividad del derecho de la competencia de la Unión. Pues bien, la plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos.

***España es condenada a pagar una suma a tanto alzado de 30 millones de euros por haber incumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para recuperar las ayudas de Estado ilegales concedidas a empresas por las provincias del País Vasco en cumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia que resolvió un recurso por incumplimiento (sentencia de 13 de mayo de 2014, C-184/11, Comisión/España).***

Se trata del final provisional de una larga saga. En los años noventa, las tres provincias del País Vasco (Álava, Vizcaya y Guipúzcoa) concedieron a determinadas empresas ayudas de Estado en forma de reducción de la base imponible y de un crédito fiscal del 45 % de las inversiones. La Comisión declaró dichas ayudas incompatibles con el mercado interior mediante seis decisiones de 2001, ordenando a España que suprimiera los regímenes de ayudas y que adoptara todas las medidas necesarias para recuperar las ayudas ya entregadas a los beneficiarios de las mismas. Al comprobar que no todas esas ayudas habían sido recuperadas, la Comisión interpuso varios recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia en 2003. En 2006 el Tribunal de Justicia declaró que España había incumplido su obligación de

adoptar las medidas necesarias para atenerse a las decisiones de la Comisión (asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03).

La Comisión, por considerar que España no había llevado a cabo una ejecución completa de la sentencia de 2006, interpuso un nuevo recurso por incumplimiento en 2011. La Comisión estimaba que los importes que aún no se habían recuperado cuando se interpuso el recurso representaban aproximadamente el 87 % del total de las ayudas ilegales que debían devolverse. Posteriormente la Comisión comprobó que, mientras se sustanciaba el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, España había ejecutado íntegramente la sentencia de 2006, de modo que desistió de su pretensión de que se condenara a dicho Estado miembro al pago de una multa coercitiva, manteniendo al mismo tiempo su pretensión de que fuera condenado a pagar una suma a tanto alzado.

En su sentencia el Tribunal de Justicia considera que España no ha ejecutado adecuadamente la sentencia de 2006. En efecto, el Tribunal de Justicia pone de relieve que, a fecha de 27 de agosto de 2008 (día en que expiró el plazo fijado por la Comisión en el dictamen motivado que remitió a España para permitir que ésta ejecutara la sentencia de 2006), las autoridades españolas no habían recuperado íntegramente las ayudas ilegales. En respuesta a una alegación de España, el Tribunal de Justicia declara que no le corresponde precisar qué cantidades no se han recuperado aún respecto a cada una de las seis Decisiones de 2001, sino que es España quien debe verificar la situación individual de cada una de las empresas afectadas y calcular el importe exacto de las ayudas que deben recuperarse en aplicación de las Decisiones controvertidas.

Habida cuenta de las circunstancias del asunto, el Tribunal de Justicia estima que está justificado condenar a España a pagar una suma a tanto alzado. En efecto, el Tribunal de Justicia destaca que el procedimiento de recuperación de las ayudas ilegales se prolongó durante más de cinco años después de que se dictara la sentencia de 2006, y que este retraso no podía achacarse a dificultades relacionadas con la recuperación de las ayudas. Por otro lado, las ayudas ilegales son particularmente perjudiciales para la competencia, debido a lo elevado de su cuantía y al gran número de beneficiarios de las mismas, razón por la cual habría debido privarse a éstos sin demora de la ventaja de la que habían disfrutado ilegalmente frente a sus competidores. Por último, el Tribunal de Justicia señala que España ya ha sido objeto de varias sentencias que resuelven recursos por incumplimiento por no haber recuperado ayudas ilegales de manera inmediata y efectiva. Según el Tribunal de Justicia, esta reiteración de comportamientos ilícitos de un Estado miembro requiere que se adopte una medida disuasoria, como la condena al pago de una suma a tanto alzado. Considerando que el hecho de que la infracción sólo afecte a una región autónoma no atenúa la gravedad del incumplimiento señalado, el Tribunal estima que, dada

la capacidad de pago de España, está justificado condenar a dicho Estado a pagar una suma a tanto alzado de 30 millones de euros.

***El sistema de apoyo sueco que favorece la producción de energía verde en el territorio nacional es compatible con el Derecho de la Unión, pues los Estados miembros no están obligados a apoyar en otros Estados miembros de la Unión la producción de energía procedente de fuentes renovables (sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands vindkraft AB, C-573/12).***

La Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, permite a los Estados miembros apoyar la producción de energía verde. Esta Directiva precisa que los Estados miembros que concedan ayudas a los productores no están obligados a apoyar el uso de energía verde producida en otro Estado miembro.

En Suecia, las instalaciones de producción de electricidad verde situadas en el territorio nacional pueden obtener certificados eléctricos. Éstos pueden ser vendidos a continuación a los proveedores de electricidad o a determinados usuarios que están obligados, bajo pena de tener que abonar un derecho específico, a estar en posesión de una cuota de certificados que corresponde a una parte del total de sus suministros o de su consumo de electricidad. La venta de estos certificados permite a los productores de electricidad verde obtener unos ingresos adicionales que completan los derivados de la venta de electricidad. De este modo, el sobrecoste unido a la producción de electricidad verde, cuyo coste de producción aún es más elevado que el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, es asumido por los proveedores y los consumidores. La sociedad Ålands Vindkraft solicitó a las autoridades suecas que le concediesen certificados eléctricos para su parque eólico situado en Finlandia en el archipiélago de las islas Åland, solicitud que fue denegada debido a que sólo pueden recibir dichos certificados aquellos que explotan instalaciones de producción situadas en Suecia.

En su sentencia el Tribunal de Justicia considera que un sistema de apoyo a la producción de electricidad verde que utiliza certificados verdes, como el controvertido en el litigio principal, presenta las características requeridas para ser calificado de «sistema de apoyo» en el sentido de los artículos 2, párrafo segundo, letra k), y 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28. Declara también que, al adoptar la Directiva 2009/28, el legislador de la Unión ha preservado la posibilidad de tal limitación territorial. Sobre este particular, se desprende, de entrada, del considerando 25 de esta Directiva que, tras haber apreciado que la mayoría de los Estados miembros ejecuta sistemas de apoyo que favorecen únicamente la producción de energía verde en su territorio, dicho legislador indicó que, para garantizar la efectividad de esos sistemas como medidas destinadas a contribuir al cumplimiento de los respectivos objetivos globales na-

cionales, es esencial que esos Estados puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a la energía verde producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en dicha Directiva. Seguidamente, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28 establece de modo expreso que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, los Estados miembros tendrán derecho a decidir, con arreglo a los artículos 5 a 11 de dicha Directiva, el grado en que apoyarán la energía procedente de fuentes renovables que se produzca en otro Estado miembro. Por último, en relación más concretamente con los sistemas nacionales que utilizan certificados verdes, señalar que el legislador de la Unión se preocupó expresamente de aclarar, en los considerandos 52 y 56 de la citada Directiva, que las garantías de origen expedidas en los diferentes Estados miembros con arreglo a la mencionada Directiva deben distinguirse de los certificados verdes utilizados en el marco de los sistemas de apoyo nacionales y que aquellas no confieren de por sí el derecho a acogerse a tales sistemas. Por otro lado, tal como se desprende de los artículos 2, párrafo segundo, letra j), y 15, apartados 1 y 9, de la misma Directiva, las garantías de origen que tienen como única función indicar a los clientes finales la parte de energía verde que contiene la estructura de abastecimiento energética de un suministrador de energía sólo deben ser reconocidas mutuamente entre los Estados miembros a este respecto. Para el Tribunal estas aclaraciones confirman a su vez que el legislador de la Unión no tuvo la intención de imponer a los Estados miembros que hayan optado por un sistema de apoyo que utilice certificados verdes extender las ventajas de éste a la electricidad verde producida en el territorio de otro Estado miembro.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia indica que el sistema de apoyo controvertido puede obstaculizar las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros, en particular de electricidad verde. Por un lado, los proveedores y usuarios están obligados a comprar certificados que correspondan a la cantidad de electricidad que importan si quieren evitar pagar un derecho específico. Por otro lado, la posibilidad que tienen los productores de electricidad verde de origen sueco de vender los certificados junto con la electricidad que producen puede favorecer la apertura de negociaciones y la concreción de relaciones contractuales sobre el suministro de electricidad nacional a los proveedores o a los usuarios de electricidad. De esto se deriva que dicho sistema constituye una restricción a la libre circulación de mercancías.

No obstante, el Tribunal de Justicia estima que esta restricción está justificada por el objetivo de interés general que consiste en promover el uso de fuentes de energía renovables para proteger el medio ambiente y combatir el cambio climático.

Con carácter previo, examina, a la luz de la evolución que ha experimenta-

do el Derecho de la Unión pertinente, determinadas particularidades del mercado de la electricidad tomadas en consideración por el Tribunal de Justicia en el marco del examen de proporcionalidad que llevó a cabo en la sentencia *PreussenElektra*. En particular, la apreciación realizada por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, según la cual la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en ese momento en vigor, sólo era una fase de la liberalización del mercado de la electricidad y permitía la subsistencia de los obstáculos a los intercambios comerciales de electricidad entre Estados miembros, ya no es de actualidad. En efecto, posteriormente la Unión ha adoptado diferentes normas que tienen por objeto hacer desaparecer progresivamente dichos obstáculos a fin de permitir la puesta en marcha de un mercado interior de la electricidad plenamente operativo, en el que se intensifiquen, en particular, los intercambios comerciales transfronterizos de electricidad en la Unión y en cuyo seno todos los proveedores puedan ofrecer sus productos y los consumidores elegir libremente su proveedor. En cambio, la apreciación realizada por el Tribunal de Justicia en el apartado 79 de la sentencia *PreussenElektra*, según la cual, por la propia naturaleza de la electricidad, una vez que ésta se incorpora a la red de transmisión o de distribución es difícil determinar su origen y, en especial, la fuente de energía de la que procede, sigue siendo válida.

El que las sucesivas Directivas 2001/77 y 2009/28 hayan previsto que el origen de la electricidad verde pueda demostrarse mediante garantías de origen no puede poner en entredicho esta apreciación. Por un lado, estas garantías de origen tienen como única función indicar a los clientes finales la parte de energía verde que contiene la estructura de abastecimiento energética de un proveedor de electricidad. Por otro lado, declara que, habida cuenta de la naturaleza fungible de la electricidad que se encuentra en las redes de transporte y de distribución, dichas garantías no permiten demostrar que una determinada cantidad de electricidad proporcionada por estas redes sea precisamente la procedente de fuentes de energía renovables sobre cuya base se otorgan las mismas garantías, de modo que la singularización sistemática de la electricidad como electricidad verde en las fases de la distribución y del consumo sigue siendo difícil en la práctica.

El Tribunal considera que debe admitirse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, tal limitación territorial puede considerarse en sí misma necesaria para cumplir el objetivo legítimo perseguido en el caso de autos, consistente en promover el incremento del recurso al uso de las fuentes de energía renovables para la producción de electricidad. Dado que, en particular, el Derecho de la Unión no ha llevado a cabo una armonización de los sistemas nacionales de apoyo a la electricidad verde, en principio está permitido que los Estados miembros establezcan que sólo pueda acogerse a tales sistemas la producción de electricidad verde localizada en su territorio.

En primer término, el que un sistema nacional de apoyo esté concebido de modo que favorezca directamente la producción de electricidad verde antes que el mero consumo de ésta puede explicarse, concretamente, a la luz del hecho de que el carácter verde de la electricidad sólo está vinculado a su modo de producción y que, de este modo, los objetivos medioambientales relativos a la reducción de las emisiones de gas pueden cumplirse efectivamente en primer lugar en la fase de producción. En cambio, una vez que la electricidad verde ha sido admitida en la red de transporte o de distribución, es difícil determinar su origen específico, de modo que su singularización sistemática como electricidad verde en la fase de consumo parece difícilmente practicable. Por otro lado, hay que recordar que, como se desprende, en particular, de los considerandos 1 y 25 y de los artículos 3, apartado 1, y 5, apartados 1 y 3, de la Directiva 2009/28, para garantizar la ejecución de los compromisos medioambientales internacionales asumidos por la Unión, el legislador de la Unión ha impuesto a los distintos Estados miembros objetivos nacionales obligatorios formulados en términos de cuotas de producción de electricidad verde.

En segundo término, y en cuanto al hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal esté concebido de modo que favorece únicamente la producción de electricidad verde localizada en el territorio nacional, observa que las situaciones de partida, las posibilidades de desarrollar la energía procedente de fuentes de energía renovables y las combinaciones energéticas varían de un Estado miembro a otro, lo que ha llevado al legislador a considerar que procedía, habida cuenta de estas diferencias, llevar a cabo entre dichos Estados un reparto justo y apropiado del esfuerzo que ha de realizarse para dar cumplimiento a estos compromisos internacionales de la Unión. Por otro lado, para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales, manteniendo al mismo tiempo la confianza de los inversores. Además, recuerda que, aun preservando el carácter nacional, y, en principio, territorial, de los sistemas de apoyo existentes, el legislador de la Unión no ha dejado de prever diversos mecanismos destinados a permitir a los Estados miembros cooperar, en la medida de lo posible, para alcanzar los objetivos obligatorios que les impone dicha Directiva. Entre estos mecanismos se encuentra la posibilidad, establecida en el artículo 11 de la misma Directiva, de crear sistemas de apoyo comunes.

Para el Tribunal no resulta que, por el mero hecho de haber limitado la aplicación de un sistema de apoyo que utiliza certificados verdes, como el controvertido en el litigio principal, a la electricidad verde producida en el territorio nacional, Suecia haya vulnerado el principio de proporcionalidad. En el estado actual del Derecho de la Unión, este Estado miembro pudo le-

gítimamente considerar que tal limitación territorial no iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de incremento de la producción e, indirectamente, del consumo de electricidad verde en la Unión que persiguen tanto este sistema nacional como la Directiva 2009/28, en cuyo marco se inscribe.

## 5. APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

***El gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros; una persona tiene el derecho a solicitar la eliminación de la lista de resultados de búsqueda de determinados enlaces a páginas web porque desea que la información sobre ella que figura en esas páginas se «olvide» después de un cierto tiempo (sentencia de 13 de mayo de 2014, Google, C-131/12).***

Este asunto interpreta, a la luz de la Carta, la Directiva 95/46/CE que tiene por objeto proteger las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas (en particular, el derecho a la intimidad) en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, eliminando al mismo tiempo los obstáculos a la libre circulación de estos datos.

El litigio principal comenzó por una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos de un particular contra La Vanguardia y contra Google Spain y Google Inc. El demandante alegaba que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia en las que se anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por el demandante a la Seguridad Social. En esa reclamación se solicitaba, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia que eliminara o modificara esas páginas (para que no aparecieran sus datos personales), o que utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos. Por otro lado, se solicitaba que se exigiese a Google que eliminaran u ocultaran sus datos personales, para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. La Agencia desestimó la reclamación contra La Vanguardia, considerando que el editor había publicado legalmente la información en cuestión. En cambio, estimó la reclamación en lo que respecta a Google, exigiendo que tomase las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso a los mismos en el futuro. Google interpuso recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional, que remitió el asunto al Tribunal de Justicia por vía prejudicial.

El Tribunal de Justicia interpreta, en primer lugar, el artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que al explorar Internet de mane-

ra automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» y «trata» tales datos, en el sentido de la Directiva, y es el responsable de este tratamiento, dado que es él quien determina los fines y los medios de esta actividad. Como la actividad de un motor de búsqueda se suma a la de los editores de sitios de Internet y puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, el gestor del motor de búsqueda debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisfaga las exigencias de la Directiva. Sólo así las garantías establecidas en dicha norma podrán tener plenos efectos y podrá hacerse realidad la protección eficaz y completa de los interesados (y en particular de su derecho al respeto de la vida privada).

En cuanto al alcance territorial de la Directiva, el Tribunal de Justicia interpreta el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro.

En lo que respecta al alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda, el Tribunal de Justicia interpreta los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva en el sentido de que, en determinadas condiciones, éste está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a esta persona. El Tribunal precisa que esa obligación puede existir también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de esas páginas web y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

El artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46, dispone que los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento, en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos. Esta última aclaración, relativa al supuesto del incumplimiento de algunos requisitos recogidos en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 95/46, tiene carácter de ejemplo y no es taxativa, de lo que se desprende que la falta de conformidad del tratamiento, que puede ofrecer al interesado el derecho garantizado por el artículo 12, letra b), de dicha Directiva, puede también derivarse del incumplimiento de otros requisitos de legalidad impuestos por ésta al trata-

miento de datos personales. Sobre este particular, recuerda que, no obstante las excepciones admitidas al amparo del artículo 13 de la Directiva 95/46, todo tratamiento de datos personales debe ser conforme, por una parte, con los principios relativos a la calidad de los datos, enunciados en el artículo 6 de dicha Directiva, y, por otra, con alguno de los principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos, enumerados en el artículo 7 de la Directiva.

El Tribunal señala que un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo.

Vista la gravedad potencial de esta injerencia, declara que el mero interés económico del gestor de tal motor en este tratamiento no la justifica. Sin embargo, en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública.

Como resultado del examen de los requisitos de aplicación de los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, que se ha de realizar cuando conocen de una solicitud como la controvertida en el litigio principal, la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar a dicho gestor eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas

por terceros y que contienen información relativa a esta persona, sin que una orden en dicho sentido presuponga que ese nombre o esa información sean, con la conformidad plena del editor o por orden de una de estas autoridades, eliminados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados. En efecto, en la medida en que el tratamiento de datos personales llevado a cabo en la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet y se añade a éste y afecta de modo adicional a los derechos fundamentales del interesado, el gestor de este motor, como responsable del tratamiento, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicho tratamiento cumple los requisitos de la Directiva 95/46, para que las garantías que ella establece puedan tener pleno efecto. A este respecto, señala que, habida cuenta de la facilidad con que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios y de que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la Unión, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de sitios de Internet.

El tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, puede, en su caso, efectuarse «con fines exclusivamente periodísticos» y beneficiarse, de este modo, en virtud del artículo 9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que ésta establece, mientras que ése no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda. De este modo, no puede excluirse que el interesado pueda en determinadas circunstancias ejercer los derechos recogidos en los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 contra el gestor, pero no contra el editor de dicha página web. Por último, observa que no sólo la razón que justifica, en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46, la publicación de un dato personal en un sitio de Internet no coincide forzosamente con la que se aplica a la actividad de los motores de búsqueda, sino que, aun cuando éste sea el caso, el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto que ha de llevarse a cabo en virtud de los artículos 7, letra f), y 14, párrafo primero, letra a), de la mencionada Directiva puede divergir en función de que se trate de un tratamiento llevado a cabo por un gestor de un motor de búsqueda o por el editor de esta página web, dado que, por un lado, los intereses legítimos que justifican estos tratamientos pueden ser diferentes, y, por otro, las consecuencias de estos tratamientos sobre el interesado, y, en particular, sobre su vida privada, no son necesariamente las mismas.

Finalmente, añade que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en

la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

***El procedimiento español de ejecución hipotecaria disminuye la efectividad de la protección del consumidor (sentencia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo, C-169/14).***

El órgano jurisdiccional remitente pedía sustancialmente que se dilucidara si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

En lo que atañe al principio de efectividad, en virtud del cual el derecho nacional no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión, el Tribunal considera que la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar. Esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la re-

gulación procesal de tales demandas. Ahora bien, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal. Por consiguiente, el hecho de que, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, tan sólo disponga de una única instancia judicial para hacer valer los derechos que le confiere la Directiva 93/13 no resulta en sí mismo contrario al Derecho de la Unión.

No obstante, si se tiene en cuenta el lugar que el artículo 695, apartados 1 y 4, de la LEC ocupa en el conjunto del procedimiento, el Tribunal considera ineludibles el hacer varias consideraciones. En primer lugar, según las normas procesales españolas, puede ocurrir que un procedimiento de ejecución hipotecaria que tenga por objeto un bien inmueble que responda a una necesidad básica del consumidor, a saber, procurarse una vivienda, sea incoado a instancia de un profesional sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga. Este trato privilegiado que se concede al profesional hace aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener una tutela judicial eficaz. El artículo 552, apartado 1, de la LEC no impone a dicho juez la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la demanda, sino que le atribuye meramente la facultad de efectuar tal examen. Por otra parte, en virtud del artículo 695, apartado 1, de la LEC, en su versión modificada por la Ley 1/2013, el ejecutado en un procedimiento de ejecución hipotecaria puede oponerse a la ejecución cuando ésta se fundamente principalmente en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. El Tribunal pone de relieve que, a tenor del artículo 552, apartado 1, de la LEC, el examen por el juez de una oposición fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual está sometido a condicionantes temporales, tales como la obligación de dar audiencia por quince días a las partes y la de acordar lo procedente en el plazo de cinco días. Por otro lado, el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria se caracteriza por el hecho de que, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar, incluso las que tengan por objeto cuestionar tanto la validez del título como la exigibilidad, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni ésta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución en curso de tramitación, salvo en el supuesto residual de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hi-

poteca con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación *in natura* de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble.

En segundo lugar, se reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución. Así pues, resulta manifiesto que el desarrollo ante el órgano jurisdiccional nacional del procedimiento de oposición a la ejecución, previsto en el artículo 695 de la LEC, coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas. En tales circunstancias, declara que el sistema procesal controvertido en el litigio principal pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. En efecto, este desequilibrio entre los medios procesales de que disponen, por un lado, el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre las

partes contratantes y que, por lo demás, se reproduce en el marco de un recurso individual que afecte a un consumidor y a un profesional en su calidad de otra parte contratante.

Para el Tribunal un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.

***Un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes no constituye un contrato «in house» (sentencia de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg, C-15/13).***

El Tribunal de Justicia concluye que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva.

La excepción, reconocida por el Tribunal de Justicia, relativa a las adjudicaciones de contratos denominadas «in house», está justificada por la circunstancia de que una autoridad pública que es una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y de

que esa excepción puede extenderse a las situaciones en las que el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando esta última ejerza sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la primera entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que la controlan. En estos casos, puede considerarse que la entidad adjudicadora utiliza sus propios medios.

El Tribunal de Justicia ha aclarado el concepto de «control análogo», señalando que debe tratarse de la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y que el control ejercido por la entidad adjudicadora debe ser efectivo, estructural y funcional. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, bajo ciertas condiciones, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por varias autoridades públicas que sean titulares en común de la entidad adjudicataria.

En el litigio principal, había quedado acreditado que no existía ninguna relación de control entre la Universidad, que es la entidad adjudicadora, e HIS, que es la adjudicataria. En efecto, la Universidad no tiene ninguna participación en el capital de dicha entidad ni ningún representante legal en sus órganos de dirección. Por consiguiente, la razón que justifica el reconocimiento de la excepción por lo que respecta a las adjudicaciones denominadas «in house», a saber, la existencia de un vínculo interno específico entre la entidad adjudicadora y la adjudicataria, no se da en una situación como la del litigio principal. Señala también que, en cualquier caso, sobre la base de la jurisprudencia, la Ciudad de Hamburgo no puede ejercer sobre la Universidad un «control análogo». En efecto, el control ejercido por la Ciudad de Hamburgo sobre la Universidad sólo se extiende a una parte de la actividad de esta última, a saber, únicamente en materia de adquisiciones, pero no en los ámbitos de la enseñanza y de la investigación, en los que la Universidad dispone de una amplia autonomía. En estas circunstancias, no procede examinar si la excepción relativa a las adjudicaciones «in house» puede aplicarse a las operaciones denominadas «internas horizontales», es decir, una situación en la que la misma o las mismas entidades adjudicadoras ejercen un «control análogo» sobre dos operadores económicos distintos, de los cuales uno adjudica un contrato al otro. Tampoco se cumplen las condiciones de aplicabilidad de la jurisprudencia relativa a la cooperación entre entes territoriales derivada de las sentencias *Comisión/Alemania*, y *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros. En efecto, la cooperación establecida entre la Universidad e HIS no está destinada a la realización de una misión de servicio público común en el sentido de la jurisprudencia.

## 6. JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

***Al llevar a cabo el control judicial de un internamiento prolongado, la autoridad judicial competente debe poder sustituir la decisión de la autoridad que ha ordenado el internamiento inicial de un nacional de un tercer país en situación irregular por su propia decisión (sentencia de 5 de junio de 2014, Mahdi, C-146/14 PPU).***

El Sr. Mahdí, nacional sudanés que carecía de un documento de identidad válido, fue detenido en Bulgaria y trasladado a un centro de internamiento de extranjeros hasta que se ejecutaran las medidas administrativas coercitivas de expulsión adoptadas contra él. Firmó una declaración de retorno voluntario a Sudán, pero se retractó posteriormente. A pesar de haber confirmado la identidad del Sr. Mahdi, la Embajada de Sudán se negó a expedirle un documento de viaje porque el Sr. Mahdi no deseaba volver a Sudán. Al término del período inicial de internamiento, las autoridades búlgaras acudieron ante un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo búlgaro para obtener la prórroga del internamiento.

Considera en primer lugar que el artículo 15, apartados 3 y 6, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con los artículos 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que toda decisión adoptada por una autoridad competente, al término del período máximo de internamiento inicial de un nacional de un tercer país, sobre la continuidad de dicho internamiento debe adoptarse mediante un acto escrito en el que se indicarán los fundamentos de hecho y de Derecho que justifican esa decisión. Si bien es cierto que la Directiva prevé como única exigencia relativa a la adopción de un acto escrito el que el internamiento se ordene por escrito indicando los fundamentos de hecho y de Derecho, debe entenderse que esta exigencia se refiere también a cualquier decisión sobre la prórroga del internamiento, debido a la naturaleza análoga del internamiento y de la prórroga y a que el nacional del tercer país debe poder conocer los motivos de la decisión adoptada respecto a él. Si las autoridades búlgaras se pronunciaron sobre la continuidad del internamiento antes de acudir al tribunal contencioso-administrativo, era necesario un acto escrito en el que se indicasen los fundamentos de hecho y de Derecho. En cambio, en el supuesto de que las autoridades búlgaras únicamente hubieran revisado la situación del Sr. Mahdi, sin pronunciarse sobre la solicitud de prórroga (extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente), no estaban obligadas a adoptar un acto expreso, dado que la Directiva no dispone nada en este sentido.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia interpreta el artí-

culo 15, apartados 3 y 6, de la Directiva en el sentido de que una autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga de un internamiento inicial debe poder pronunciarse necesariamente sobre cualquier elemento de hecho y de Derecho pertinente para determinar si la prórroga está justificada, lo que requiere un examen exhaustivo de los elementos de hecho del caso concreto. Dicha autoridad debe poder sustituir la decisión que ha ordenado el internamiento inicial por la suya propia y ordenar, bien la prórroga del internamiento, bien una medida alternativa de carácter menos coercitivo o bien la puesta en libertad del nacional cuando ello esté justificado. La autoridad judicial debe tomar en consideración todos los elementos pertinentes para adoptar esa decisión. Así pues, las facultades de las que goza la autoridad judicial para llevar a cabo ese control no pueden circunscribirse únicamente, en ningún caso, a los elementos presentados por la autoridad administrativa.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba al Tribunal de Justicia si un período inicial de internamiento puede prorrogarse por el mero hecho de que el nacional de un tercer país carezca de documentos de identidad y, en consecuencia, haya riesgo de fuga. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que el riesgo de fuga es un elemento que debe tenerse en cuenta al decidir sobre el internamiento inicial. Sin embargo, este riesgo no es uno de los dos requisitos que exige la Directiva para prorrogar el internamiento. Por ello, este riesgo sólo es pertinente a la hora de revisar los requisitos que dieron lugar inicialmente al internamiento. Por lo tanto, para determinar si se le puede aplicar una medida menos coercitiva al Sr. Mahdi habrá que apreciar las circunstancias fácticas de su situación. La falta de documentos de identidad sólo podrá tenerse en cuenta si persiste el riesgo de fuga, de modo que dicha falta no puede justificar por sí sola la prórroga del internamiento.

El Tribunal de Justicia responde también que sólo podría considerarse que hubo «falta de cooperación» por parte del Sr. Mahdi —en el sentido de la Directiva— si del examen de su comportamiento resulta que no cooperó en la ejecución de la operación de expulsión y que probablemente esa operación vaya a durar más de lo previsto debido a su comportamiento. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar este extremo. Por último, en respuesta a una última cuestión del tribunal remitente, el Tribunal de Justicia declara que, aunque en caso de que el Sr. Mahdi sea liberado, Bulgaria no está obligada a concederle un permiso de residencia autónomo ni un derecho de estancia, deberá proporcionarle una confirmación escrita de su situación, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.

***La regla por la que la aplicación del principio non bis in idem en el espacio Schengen requiere que se haya ejecutado o se esté ejecutando la sanción impuesta en un Estado miembro no es contraria a la Carta de los De-***

***rechos Fundamentales; no obstante, cuando la sanción consiste en una pena de prisión y una multa, ambas impuestas con carácter principal, la mera ejecución de la multa no basta para considerar que se ha ejecutado la sanción (Sentencia de 27 de mayo de 2014, Spasic, C-129/14 PPU)***

El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) prevé que una persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en un Estado no podrá ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado (principio *non bis in idem*). No obstante, el CAAS precisa que ese principio sólo es aplicable si se ha ejecutado la sanción, se está ejecutando o ya no puede ejecutarse conforme a la legislación del Estado de condena (en lo sucesivo, «condición de ejecución»). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce, en su artículo 50, el principio *non bis in idem* sin hacer referencia expresa a esa condición. El Sr. Spasic, de nacionalidad serbia, era perseguido penalmente en Alemania por haber cometido una estafa en Milán el 20 de marzo de 2009. Paralelamente, fue condenado en Italia por esa misma infracción a una pena privativa de libertad de un año y al pago de una multa. El Sr. Spasic, que ya estaba cumpliendo una pena de prisión en Austria por otros delitos, pagó la multa pero no cumplió la pena privativa de libertad.

En su sentencia el Tribunal de Justicia, al que ha planteado dos cuestiones prejudiciales el Oberlandesgericht Nürnberg, declara que la condición adicional de ejecución contenida en el CAAS constituye una limitación del principio *non bis in idem* compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales, ya que las explicaciones sobre la Carta mencionan expresamente el CAAS, por lo que éste limita válidamente el principio *non bis in idem* reconocido en la Carta. Además, el Tribunal de Justicia considera que la condición de ejecución prevista en el CAAS no pone en cuestión el principio *non bis in idem* en cuanto tal, porque únicamente pretende evitar que quede impune una persona que ha sido condenada mediante sentencia penal firme en un Estado miembro.

La condición de ejecución del CAAS implica que, en el supuesto de que las circunstancias específicas del caso y la actitud del Estado de la primera condena hayan permitido que la sanción impuesta se ejecute o se esté ejecutando, en su caso utilizando los instrumentos previstos por el Derecho de la Unión para facilitar la ejecución de las penas, una persona juzgada por sentencia firme por un Estado miembro ya no puede ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado miembro. Por tanto, en el marco establecido por el artículo 54 del CAAS, esa persecución penal sólo tendrá lugar en los casos en los que el sistema actualmente previsto por el Derecho de la Unión no haya bastado, por cualesquiera razones, para excluir la impunidad de las personas condenadas en la Unión por una sentencia penal firme. De ello se sigue que la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS no excede de lo necesario para evitar en un contexto transfronterizo la impunidad de las perso-

nas condenadas en un Estado miembro de la Unión por una sentencia penal firme. Sin embargo, no cabe excluir que, en un supuesto concreto de aplicación de la condición de ejecución del artículo 54 del CAAS, los tribunales nacionales competentes, basándose en el artículo 4 TUE, apartado 3, y en los instrumentos jurídicos del Derecho derivado de la Unión en materia penal mencionados por la Comisión, se comuniquen entre sí y emprendan consultas para comprobar si el Estado miembro de la primera condena tiene la intención real de llevar a cabo la ejecución de las sanciones impuestas.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia declara que, cuando se imponen dos penas principales, una pena privativa de libertad y una multa, el mero pago de la multa no basta para considerar que la sanción se haya ejecutado o se esté ejecutando, en el sentido del CAAS. En ese sentido el Tribunal de Justicia observa que, aunque el CAAS dispone que es preciso que «la sanción» se haya ejecutado o se esté ejecutando, esa condición abarca el supuesto de que se hayan impuesto dos penas principales. Una interpretación diferente privaría de sentido al principio *non bis in idem* establecido en el CAAS y perjudicaría la aplicación útil de dicho Convenio. Dado que el Sr. Spasic sólo pagó la multa y no cumplió la pena privativa de libertad de un año, el Tribunal de Justicia concluye que en este caso no concurre la condición de ejecución prevista en el CAAS.

***Un Estado miembro no puede ampararse en la inexistencia de centros especializados en una parte de su territorio para internar en prisión a los nacionales de terceros países en espera de expulsión, aunque el nacional de que se trate haya accedido a ser internado en prisión (sentencias de 17 de julio de 2014, Bero y otros (C-473/13 y C-514/13) y Pham (C-474/13)).***

El artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación, dispone que, como norma general, todo internamiento de nacionales de terceros países en espera de expulsión debe llevarse a cabo en un centro especializado, y sólo con carácter excepcional puede realizarse en un centro penitenciario, en cuyo caso el Estado miembro ha de garantizar que el nacional extranjero esté separado de los presos comunes.

Puesto que el Land de Hesse no disponía de ningún centro de internamiento especializado que pudiera acoger mujeres, la Sra. Adala Bero, de nacionalidad probablemente siria, fue internada en el centro penitenciario de Fráncfort. Por su parte, el Sr. Ettayebi Bouzalmate, de nacionalidad marroquí, fue internado en un módulo específico del centro penitenciario de la ciudad de Múnich, ante la inexistencia de centros de internamiento especializados en el Land de Baviera. Por último, la Sra. Thi Ly Pham, de nacionalidad vietnamita, también fue internada en un centro penitenciario de Baviera, si

bien se dio la circunstancia de que, a diferencia de la Sra. Bero y del Sr. Bouzalmate, consintió en ser internada con presos comunes.

Por lo que respecta a las condiciones de ejecución del internamiento, el Tribunal de Justicia recuerda que, según los propios términos de la Directiva «retorno», el internamiento a efectos de expulsión de nacionales de terceros países en situación irregular debe efectuarse, como norma general, en centros de internamiento especializados. Por consiguiente, las autoridades nacionales encargadas de aplicar esta norma deben tener la posibilidad de llevar a cabo el internamiento en centros especializados, con independencia de la estructura administrativa o constitucional del Estado miembro al que pertenezcan. De este modo, la circunstancia de que, en determinados Estados federados de un Estado miembro, las autoridades competentes tengan la posibilidad de efectuar un internamiento no puede constituir una transposición suficiente de la Directiva «retorno» si las autoridades competentes de otros Estados federados de ese mismo Estado carecen de esa posibilidad.

Aunque el Tribunal de Justicia admite que un Estado miembro que tiene una estructura federal no está obligado a crear centros de internamiento especializados en cada Estado federado, no obstante, dicho Estado miembro debe garantizar que las autoridades competentes de los Estados federados que no dispongan de esos centros puedan internar a nacionales de terceros países en centros de internamiento especializados situados en otros Estados federados.

En el asunto Pham, el Tribunal de Justicia añade que un Estado miembro no puede tener en cuenta la voluntad del nacional de un tercer país de ser internado en un centro penitenciario. En efecto, el Tribunal de Justicia señala que, en el marco de la Directiva «retorno», la obligación de separar a los nacionales de terceros países en situación irregular de los presos comunes no admite excepciones, constituyendo de ese modo una garantía del respeto de los derechos de los extranjeros en materia de internamiento. Concretamente, la obligación de separación va más allá de una simple modalidad de ejecución específica del internamiento en centros penitenciarios, pues constituye un requisito esencial de dicho internamiento sin el cual, en principio, éste no sería conforme con dicha Directiva.

## 7. RELACIONES EXTERIORES

***La conclusión del Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la UE y Filipinas puede basarse íntegramente en la política comercial y la cooperación al desarrollo (sentencia de 11 de junio de 2014, Comisión/Consejo, C-377/12).***

En esta sentencia el Tribunal debía examinar si las bases jurídicas utilizadas para firmar el Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la

Unión Europea y la República de Filipinas eran correctas. El Tribunal concluye anulando la Decisión 2012/272/UE del Consejo, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Filipinas, por otra, en la medida en que el Consejo añadió a la misma las bases jurídicas relativas a la readmisión de nacionales de terceros países, a los transportes y al medio ambiente.

En el asunto era preciso determinar si, entre las disposiciones del Acuerdo marco, las relativas a la readmisión de los nacionales de las partes contratantes, a los transportes y al medio ambiente guardan también relación con política de cooperación al desarrollo o si se sitúan fuera del ámbito de esta política y exigen, en consecuencia, fundamentar la Decisión impugnada en bases jurídicas complementarias. Considera también que la política de la Unión en el ámbito de la cooperación al desarrollo no se limita a las medidas directamente dirigidas a la erradicación de la pobreza, sino que también persigue los objetivos definidos en el artículo 21 TUE, apartado 2, como el precisado en la letra d) de ese apartado 2, consistente en apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en vías de desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza. Para comprobar si determinadas disposiciones de un acuerdo de cooperación celebrado entre la Comunidad Europea y un tercer Estado pertenecían efectivamente al ámbito de la política de cooperación al desarrollo, el Tribunal de Justicia consideró, en sentencia *Portugal/Consejo*, que, para ser calificado de acuerdo de cooperación al desarrollo, un acuerdo debe perseguir los objetivos contemplados por esta política, que estos objetivos son amplios en el sentido de que las medidas necesarias para su consecución deben poder referirse a diferentes materias específicas, y que esto sucede especialmente en el caso de un acuerdo que fije el marco de esa cooperación. A este respecto, añadió que exigir que un acuerdo de cooperación al desarrollo se base también en una disposición distinta de la relativa a esta política cada vez que afecte a una materia específica dejaría, en la práctica, sin contenido a la competencia y al procedimiento previstos por esa última disposición. El Tribunal de Justicia dedujo que el hecho de que en un acuerdo de cooperación al desarrollo existan cláusulas referentes a distintas materias específicas no puede modificar la calificación del acuerdo, la cual debe hacerse teniendo en cuenta el objeto esencial de éste y no en función de las cláusulas especiales, siempre y cuando esas cláusulas no impliquen obligaciones de tal alcance en las materias específicas contempladas que esas obligaciones constituyan en realidad objetivos distintos de los de la cooperación al desarrollo.

La evolución posterior, lejos de refutar las apreciaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Portugal/Consejo*, supone por el contrario un refuerzo de los objetivos de la cooperación al desarrollo y de las

materias a las que ésta se refiere, reflejando la visión de la Unión acerca del desarrollo expuesta en el consenso europeo sobre desarrollo. En efecto, tal como resulta en particular de los apartados 5 y 7 del consenso europeo sobre desarrollo, el objetivo primordial de la cooperación para el desarrollo es la erradicación de la pobreza en el contexto del desarrollo sostenible, esforzándose en particular en la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El concepto de desarrollo sostenible contempla, entre otros, aspectos medioambientales. Dado que la erradicación de la pobreza presenta múltiples aspectos, la realización de estos objetivos requiere, según el apartado 12 del consenso europeo sobre desarrollo, la puesta en marcha de toda una gama de actividades de desarrollo mencionadas en dicho apartado. Esta concepción amplia de la cooperación al desarrollo se concretó, en particular, mediante la aprobación del Reglamento nº 1905/2006, el cual, para apoyar la consecución de los mismos objetivos, prevé que la ayuda de la Unión se preste a través de programas geográficos y temáticos que presentan múltiples aspectos. No obstante, una medida, aunque contribuya al desarrollo económico y social de países en vías de desarrollo, no está comprendida en el ámbito de la política de cooperación al desarrollo si tiene como objetivo principal aplicar otra política.

Considera el Tribunal que las disposiciones del Acuerdo marco relativas a la readmisión de los nacionales de las partes contratantes, a los transportes y al medioambiente, de forma coherente con el consenso europeo sobre desarrollo, contribuyen a la consecución de los objetivos de la cooperación al desarrollo. Por lo que se refiere, en segundo lugar, al alcance de las obligaciones establecidas en estas disposiciones, señala que el artículo 34, relativo al medio ambiente y a los recursos naturales, y el artículo 38, relativo a los transportes, no contienen más que declaraciones de las partes contratantes acerca de los fines que debe perseguir su cooperación y los temas a los que ésta deberá referirse, sin determinar las condiciones concretas de ejecución de esta cooperación. En relación con la readmisión de los nacionales de las partes contratantes, el artículo 26, apartado 3, del Acuerdo marco contiene obligaciones precisas. No obstante, no deja de ser cierto que, tal como resulta del apartado 2, letra f), del mismo artículo, la readmisión de residentes ilegales figura en este artículo como uno de los ejes en torno a los cuales se articulará la cooperación en materia de migración y desarrollo, sin ser objeto en este momento de disposiciones detalladas que permitan su ejecución, como las que figuran en un acuerdo de readmisión. En consecuencia, no cabe considerar que el artículo 26 del Acuerdo marco contenga una regulación de las condiciones concretas de ejecución de la cooperación en materia de readmisión de los nacionales de las partes contratantes, lo cual queda corroborado por el compromiso, establecido en el apartado 4 de ese artículo, de celebrar lo antes posible un acuerdo de readmisión.

Por consiguiente, no resulta que las disposiciones del Acuerdo marco relativas a la readmisión de los nacionales de las partes contratantes, a los transportes y al medioambiente contengan obligaciones de tal alcance que pueda considerarse que constituyen objetivos distintos de los de la cooperación al desarrollo que no son ni secundarios ni indirectos respecto de estos últimos. Por ello concluye que el Consejo identificó erróneamente como bases jurídicas de la Decisión impugnada, los artículos 79 TFUE, apartado 3, 91 TFUE, 100 TFUE, y 191 TFUE, apartado 4.

***El Tribunal de Justicia anula la Decisión relativa a la firma y la celebración del Acuerdo UE-Mauricio sobre las condiciones de entrega de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega, por no haberse respetado las prerrogativas del Parlamento (sentencia de 24 de junio de 2014, Parlamento/Consejo, C-658/11).***

En esta sentencia el Tribunal de Justicia anula la Decisión 2011/640/PESC del Consejo, relativa a la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega, por la fuerza naval dirigida por la Unión Europea a la República de Mauricio, de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega. El Parlamento sostenía que, al no haberle informado «cumplida e inmediatamente» en todas las fases de la negociación y de la celebración del Acuerdo UE Mauricio, el Consejo infringió el artículo 218 TFUE, apartado 10, que se aplica a todos los acuerdos celebrados por la Unión, incluidos los referidos a la PESC. No fue inmediatamente informado, ya que el Consejo no le comunicó los textos de la Decisión impugnada y del Acuerdo UE Mauricio hasta más de tres meses después de la adopción de esta Decisión y de la firma de dicho Acuerdo que tuvieron lugar.

Por lo que se refiere en primer lugar a la cuestión de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre el segundo motivo, el Tribunal recuerda que resulta de los artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y 275 TFUE, párrafo primero, que el Tribunal de Justicia, en principio, no tiene competencia en relación con las disposiciones referidas a la PESC o con los actos adoptados sobre la base de éstas. No obstante, los artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y 275 TFUE, párrafo primero, introducen una excepción a la regla de la competencia general que el artículo 19 TUE confiere al Tribunal de Justicia para garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados y, en consecuencia, deben interpretarse restrictivamente. En el caso de autos, aunque la Decisión impugnada haya sido adoptada tomando como fundamento una única base jurídica material referida a la PESC, esto es, el artículo 37 TUE, resultaba del preám-

bulo de esta Decisión que su base jurídica procedimental era el artículo 218 TFUE, apartados 5 y 6, que regula el procedimiento de firma y de celebración de los acuerdos internacionales. Pues bien, el procedimiento contemplado en el artículo 218 TFUE tiene alcance general y, en consecuencia, está destinado a aplicarse, en principio, a todos los acuerdos internacionales negociados y celebrados por la Unión en todos los ámbitos de actuación de ésta, incluida la PESC que, a diferencia de otros ámbitos, no está sujeta a ningún procedimiento especial. En estas circunstancias, no cabe sostener que el alcance de la limitación que representa una excepción a la competencia del Tribunal de Justicia prevista en los artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y 275 TFUE implica excluir la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar y aplicar una disposición como la contenida en el artículo 218 TFUE, que no guarda relación con la PESC, incluso aunque ella misma prevea el procedimiento con arreglo al cual se ha adoptado un acto referente a la PESC. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre el segundo motivo.

En el caso de autos no se informó inmediatamente al Parlamento en todas las fases del procedimiento de negociación y de celebración del Acuerdo UE Mauricio. De ello se desprende que el Consejo ha infringido el artículo 218 TFUE, apartado 10. No obsta a esta conclusión el argumento expuesto por el Consejo según el cual, en cualquier caso, la Decisión impugnada se había publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de forma que el Parlamento había podido tener conocimiento de la misma. En efecto, tal publicación está contemplada en el artículo 297 TFUE y satisface los requisitos de publicidad que debe cumplir un acto de la Unión para entrar en vigor, mientras que la exigencia de información impuesta por el artículo 218 TFUE, apartado 10, tiene por objetivo permitir al Parlamento ejercer un control democrático sobre la acción exterior de la Unión y, más concretamente, verificar que sus atribuciones son respetadas, precisamente como consecuencia de la elección de la base jurídica de una decisión relativa a la celebración de un acuerdo.

Por lo que se refiere, por último, a las consecuencias de la infracción del artículo 218 TFUE, apartado 10, sobre la validez de la Decisión impugnada, el Tribunal señala que la norma de procedimiento prevista en esta disposición constituye un requisito esencial de forma, en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo segundo, cuya inobservancia conlleva la nulidad del acto que incurre en tal vicio. En efecto, esta norma es la expresión de los principios democráticos en los que se fundamenta la Unión. En particular, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que la participación del Parlamento en el proceso decisorio es el reflejo, a escala de la Unión, de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa. Desde esta perspectiva, el Tratado de Lisboa reforzó, incluso en el plano sistemático, la importancia de dicha norma al incluirla en una disposición autónoma, aplicable a todos los tipos de

procedimiento previstos en el artículo 218 TFUE. Aun cuando el papel que el Tratado de Lisboa atribuyó al Parlamento en materia de PESC es limitado, no cabe deducir de esta apreciación que el Parlamento, sin dejar de estar excluido del procedimiento de negociación y de celebración de un acuerdo que se refiere exclusivamente a la PESC, carezca de toda facultad de supervisión sobre esta política de la Unión. Por el contrario, precisamente a tal efecto la exigencia de información establecida en el artículo 218 TFUE, apartado 10, se aplica a cualquier procedimiento de celebración de un acuerdo internacional, incluidos los acuerdos referidos exclusivamente a la PESC. Pues bien, en la medida en que no se informó cumplida e inmediatamente al Parlamento en todas las fases del procedimiento según exige el artículo 218 TFUE, apartado 10, incluida la fase precedente a la celebración del acuerdo, no se permitió a esa institución ejercer la facultad de supervisión que en materia de PESC le han atribuido los Tratados y, en su caso, exponer su punto de vista en lo referente, en particular, a la base jurídica adecuada que debe fundamentar el acto en cuestión. En estas circunstancias, la inobservancia de este requisito de información afecta negativamente a las condiciones del ejercicio por parte del Parlamento de sus funciones en el ámbito de la PESC y constituye, en consecuencia, la violación de un requisito esencial de forma.

## **BIBLIOGRAFÍA**



## LIBROS RECIBIDOS

- ARNULL, A.; CHALMERS, D. (eds.), *The Oxford Handbook of EU Law*, Oxford University Press, 2014, 950 pp.
- AUVRET-FINCK, J. (dir.), *Vers une relance de la politique de sécurité et de défense commune ?*, Larcier, Bruselas, 2014, 356 pp.
- BARBÉ, E. (dir.), *La Unión Europea en las Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, 433 pp.
- BOU FRANCH, V. (dir.), *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2014, 300 pp.
- CREMONA, M.; THIES, A. (eds.), *The European Court of Justice and external relations. Constitutional challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 289 pp.
- CRUZ VILAÇA, J. L. (ed.), *EU Law and integration. Twenty years of judicial application of EU Law*, Oxford University Press, 2014, 365 pp.
- FABBRINI, F., *Fundamental Rights in Europe*, Oxford Studies in European Law, OUP, 2014, 352 pp.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.), *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2014, 420 pp.
- GALLO COBIÁN, V., *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales y sus Estados miembros con particular atención al caso de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2014, 439 pp.
- JIMENO BULNES, M. (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 251 pp.
- MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2014, 629 pp.
- MATTERA, A., *Notre européanité*, L.G.D.J, París, 2014, 518 pp.
- MORENO CATENA, V., *Fiscalía europea y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 149 pp.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea*, Editorial Reus, Madrid, 2014, 142 pp.
- PEDRAZ CALVO, M.; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (coords.), *El Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liberamicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 651.
- PI LLORENS, M.; ZAPATER DUQUE, E., *La dimensión exterior de las agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 218 pp.
- PUETTER, U., *The European Council and the Council. New intergovernmentalism and institutional change*, Oxford University Press, 2014, 288 pp.
- THIEFFRY, P., *Manuel de droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2ª ed., Bruylant, Bruselas, 2014, 390 pp.
- THILLIER, A.; DIDIER, P.; SCHMITTER, C.; HAHN, M.; PRINCE, H., *Politique commerciale commune, Commentaire J. Mégret*, Bruselas, 2014, 272 pp.
- VILLANI, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2013, III ed., XIII-468 pp.
- WEISS, F.; KAUPA, C., *European Union internal market Law*, Cambridge University Press, 2014, 324 pp.

## DIÁLOGOS CON AUTORES

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2013, 584 páginas.

1) El libro *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico* es la recopilación de ocho trabajos sobre distintos aspectos de la problemática vinculada a la transposición de directivas en el Estado autonómico. No resulta fácil dar unidad al trabajo de seis autores distintos, sin que se produzcan reiteraciones o incluso incoherencias. Hay que decir, en primer lugar, que este libro lo logra, salvo excepciones puntuales, lo que debe ser puesto en el haber de quien ha dirigido la investigación. En la introducción se explica con claridad el objeto de estudio: la participación regional en el proceso de incorporación de las fuentes europeas, específicamente de las directivas, en cuanto como se sabe, necesitan ser incorporadas formalmente al Derecho interno. Es evidente que la normativa estatal y autonómica condicionada por el Derecho europeo va más allá de las normas que trasponen directivas pero son éstas en las que, al menos formalmente, se centra esta investigación en cuanto «instrumento normativo federal por excelencia de la Unión Europea. Lo que interesa es fundamentalmente el desarrollo normativo interno del Derecho europeo y, en concreto, la participación autonómica en este proceso. Ello supone adentrarse también en los mecanismos para trasladar a las CCAA la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo que desde las instancias europeas se exige al Estado, pero de forma tangencial. Esta cuestión quizás mere-

cería un análisis específico, también con un acercamiento empírico, como el que aquí se plantea, lo que se ha denominado, siguiendo a la doctrina italiana, la fase descendente de aplicación del Derecho europeo.

Es cierto, como se afirma en la introducción, que sobre esta cuestión hay construcciones teóricas pero faltan los análisis empíricos de cómo se está haciendo efectivamente esa incorporación interna de las normas europeas en el Estado autonómico. Es el hueco que pretende cubrir la investigación que se comenta. En este sentido, aún sin ser exhaustivo, en cuanto el estudio de la transposición de directivas se ciñe a dos ámbitos (regulación económica y medio ambiente) más la importante directiva de servicios, las aportaciones son valiosas y, sobre todo, permiten extraer conclusiones sobre las limitaciones prácticas de un proceso que, sin duda, debe ser mejor perfilado en España pues como nos muestra esta investigación sus deficiencias son numerosas.

La doctrina, e incluso los Informes del Consejo de Estado de 2008 y 2010 sobre incorporación de normas europeas y mecanismos de garantía del cumplimiento, respectivamente, ya habían advertido la separación existente entre el método de incorporación de las normas europeas en España derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional ante el silencio constitucional y la realidad práctica, esto es, la forma en que realmente se desarrolla. Según el Tribunal Constitucional este proce-

so se rige por el principio de no alteración del reparto competencial. En virtud de éste «la traslación de la norma comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias». Ello significa, como se sabe, que la aplicación en España del Derecho europeo debe llevarse a cabo conforme a la distribución de competencias resultante del bloque de la constitucionalidad. Sin embargo, en la práctica, puede comprobarse que la transposición de las directivas la hace siempre el Estado en un primer momento, utilizando para ello los denominados títulos horizontales, con el consiguiente vaciamiento de las competencias autonómicas, y sin perjuicio de la ulterior actuación autonómica. Es una situación patológica que había destacado, y criticado, la doctrina e incluso a ello responde la pretensión de los Estatutos de Autonomía de segunda generación, específicamente los de Cataluña (2006) y Andalucía (2007), de recoger en su articulado tanto el principio de no alteración del reparto competencial como la participación autonómica en la fase descendente. No obstante, como se decía al inicio, acaso faltaba la concreción de esta idea en los sectores materiales específicos.

En este sentido, el análisis de transposición de las directivas sobre regulación económica, medio ambiente o servicios en el mercado interior permiten constatar empíricamente que existen las deficiencias de las que se venía advirtiendo hasta aquí: la amplia capacidad de acción del Estado en el proceso de transposición; la amplitud casi ilimitada que está alcanzando el art.

149.1.13 CE como título horizontal del Estado que le habilita para establecer «bases y coordinación» en este proceso, provocando una recentralización de las competencias; el detallismo de las bases estatales que apenas deja margen al ulterior desarrollo normativo autonómico; la escasa conflictividad que esta práctica ha generado, pese a desapoderarse a las CCAA de sus competencias, pues parece aceptarse una forma de incorporar las directivas europeas distinta a la que resulta de la jurisprudencia constitucional o, incluso, la distinción de dos tipos de CCAA si atendemos al activismo transpositivo: unas que efectivamente quieren ser activas en el proceso de transposición y otras que se limitan a aplicar las normas estatales que realizan la incorporación de las normas europeas.

Desde esta perspectiva la investigación recogida en este libro resulta sumamente útil en cuanto ofrece las referencias y los análisis concretos que permiten no sólo demostrar empíricamente la separación entre el plano teórico-constitucional y la práctica material sino, fundamentalmente, reforzar y legitimar las propuestas de cambio sobre la forma en que deben incorporarse las directivas a fin de ser acordes a un modelo territorial que avanza hacia su federalización no sólo desde una perspectiva material sino también desde la formal a través de las propuestas de reforma constitucional que ocupan el debate político-constitucional en la actualidad.

2) Antes de adentrarse en el análisis de la transposición de directivas en los ámbitos materiales seleccionados, los primeros capítulos pretenden contextualizar el objeto con el acercamiento teórico a las cuestiones sobre las que gira el proceso de incorporación de las normas europeas al Derecho interno en un Estado descen-

tralizado: los fundamentos constitucionales internos y europeos de la actuación de las CCAA en este proceso; los requisitos jurídicos de la transposición derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la distribución interna de responsabilidades ante el incumplimiento del Derecho europeo. Son aportaciones notables que ayudan a enmarcar de forma adecuada el acercamiento empírico posterior. En cualquier caso, me detengo únicamente en el estudio sobre los principios europeos e internos que rigen la participación autonómica en la transposición en cuanto es el básico para el objeto central de la investigación. El trabajo sobre los métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos aun resultando interesante no plantea su posible incidencia en un Estado descentralizado, que es el aspecto singular de la investigación. Por su lado, el trabajo sobre la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión se ocupa de una cuestión vinculada pero distinta al desarrollo normativo del Derecho de la Unión y merecería un análisis específico en cuanto asume una perspectiva ciertamente original al considerar que existen ya en nuestro ordenamiento los procedimientos adecuados para la imputación de la responsabilidad por incumplimiento de la directiva europea a la administración efectivamente responsable.

En consecuencia, nos centramos en el trabajo de M. Azpitarte sobre los principios que rigen el reparto de responsabilidades aplicable a este desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico. En este se repasan los principios europeos de atribución competencial, autonomía institucional, cooperación leal, subsidiariedad y proporcionalidad como principios clásicos que regulan esta cuestión para ocuparse, a continuación, de los principios internos aplicables a la relación Estado-

CCAA. Respecto a los primeros, se parte de la distinción entre el principio de competencia y la regla de atribución del Tratado de la Unión Europea en virtud de la cual en el modelo europeo son los Estados miembros quienes a través de los Tratados atribuyen competencias a favor de la Unión, por lo que, por la misma vía podrían, al menos formalmente, deshacer la atribución. En ese contexto, es el principio de primacía del Derecho europeo quien dota a la atribución de una suerte de rigidez en cuanto la incompetencia sólo podría ser declarada por el Tribunal de Justicia, sin posibilidad de control alguno por los Estados (págs. 33-34). Esta delimitación competencial a través de la regla de atribución competencial lleva consigo una cláusula residual en virtud de la cual debe reconocerse como competencia propia de los Estados todas aquellas no expresamente atribuidas a la Unión. A juicio de Azpitarte, el principio de atribución se ha visto reforzado por el Tratado de Lisboa con el reconocimiento expreso de la reserva a favor de los Estados miembros de aquellas competencias no expresamente previstas en los Tratados (arts. 4.1 y 5.2 TUE). Esto tiene al menos dos consecuencias: frena cualquier intento de la Unión de acrecer su espacio competencial y refuerza la rigidez prevista para la reforma de los Tratados que suponga incremento competencial. Supone un acercamiento claro, y sin prejuicios, a la comprensión de la estructura de la Unión.

En el marco del principio de atribución, el principio europeo que incide directamente en nuestro objeto es el principio de autonomía institucional que deja al Estado miembro la elección del ente político, el organismo o el procedimiento a través del cual se incorpora el Derecho de la Unión. La primera idea destacada, de forma pertinente, es que este principio refleja la ne-

cesaria intervención del Estado miembro en el desarrollo y ejecución del derecho europeo, más allá de abrir esa posibilidad. Pero, además, se sostiene que este principio sólo puede aprehenderse en relación dialéctica con el principio de cooperación leal que comprende el deber de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento así como abstenerse de perturbar la eficacia del Derecho de la Unión.

Es necesario detenerse, lógicamente, en los principios europeos que pueden incidir en la transposición de directivas. Pero ese acercamiento siempre nos deja la sensación de que no es posible extraer conclusiones sobre el concreto proceso en el derecho interno sino que se limitan a remitir a la actuación de los Estados miembros. La mención a la realidad regional que encontramos en algunos de estos principios como el de identidad nacional o el de subsidiariedad tiene un alcance formal, sin que se puedan extraer de ellos consecuencias específicas aplicables al proceso de transposición en un Estado descentralizado. Por tanto, lo que nos interesa realmente son los principios constitucionales que rigen ese desarrollo normativo.

Resulta bien conocida la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional que primero exploró la posibilidad de sustentar una competencia estatal para incorporar el Derecho Europeo en el art. 93 CE para finalmente consagrar el principio de no alteración del reparto competencial en este proceso (SSTC 54/1990; 236/1991; 80/1993). Estamos, en cualquier caso, ante un principio derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional sin reconocimiento expreso en la Constitución, lo que supone una singularidad de nuestro modelo, pero sobre todo es un principio que, como se ha apuntado ya, no se traslada a la práctica constitucional caracterizada por el dominio del Estado central en la transposición del

derecho de la Unión con la consecuente recentralización derivada de la aplicación del Derecho europeo.

El profesor Azpitarte explica esta situación a partir de las características genésicas del Estado autonómico que ha configurado un «Estado autonómico unitario», utilizando su propia definición. Por un lado, la formación evolutiva con distinto quantum competencial en las distintas CCAA habilitaba la intervención supletoria del Estado, más fácil en el proceso de aplicación del Derecho europeo pues su contenido económico hacía posible la aplicación de títulos horizontales del Estado, especialmente el art. 149.1.13 CE. En definitiva, permitían al Estado mantener una posición de control en el proceso de transposición del Derecho europeo. Por otro lado, destaca la propia inercia del modelo, esto es, consolidada durante varias décadas una forma de trasponer el Derecho Europeo resulta difícil modificarla pues se presume que el ente que la viene realizando, básicamente el Estado, tiene la competencia.

Me parece que, ciertamente, ahí radican las causas de una práctica que contradice los presupuestos constitucionales. Más dudas me plantea la confianza que expresa en los Estatutos de Autonomía de segunda generación aprobados a partir de 2006 como resortes para reconducir la práctica de la participación autonómica en la transposición al marco constitucionalmente adecuado pues, como expondré con más detalle en el último apartado de este comentario no creo que el reconocimiento de la participación autonómica en el proceso de transposición que encontramos en el Estatuto de Cataluña, o en el de Andalucía, y con ello su incorporación al bloque de la constitucionalidad tenga consecuencias tangibles, especialmente tras la devaluación del Estatuto como fuente que ha derivado

de la STC 31/2010<sup>1</sup>. En este punto, coincido más con la posición de H. López Bofill (pág. 202), pese a la matización que luego se hará, que con la de M. Azpitarte (pág. 59) o la de X. Arzoz (pág. 526) pues, a mi juicio, el tratamiento que la STC 31/2010 ha dado al Estatuto de Autonomía afecta también al objeto que nos ocupa aunque haya declarado la conformidad con la Constitución de los preceptos estatutarios. En ese sentido, aunque se reiterará después, debe recordarse que la posibilidad de que las CCAA puedan ejercer su competencia sin necesidad de actuación previa del poder central cuando la norma europea cubre el espacio propio de lo básico es considerada constitucional pero con la «salvaguardia de la competencia básica del Estado en su caso concernida» que no resultara ni «desplazada ni eliminada por la norma europea», de modo que la «sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia estatal de emanación de bases».

Entiéndase bien que esto no significa aceptar la consolidación de la práctica seguida hasta aquí, como pretende el Consejo de Estado en su informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. A mi juicio, esta práctica debe modificarse para garantizar el respeto al reparto competencial entre el Estado y las CCAA en el proceso de incorporación del Derecho europeo. No obstante, para ello resulta necesario romper la dinámica desarrollada desde los orígenes del Estado autonómico, como se explica bien en este trabajo. No bastan en este sentido apelaciones a reconsiderar la forma de ac-

tuar del Estado y las CCAA ni la influencia de los nuevos Estatutos que prevén expresamente la participación autonómica. La dinámica está tan asentada que sólo puede reconducirse mediante la incorporación del modo de transposición al «pacto federal» que debe ser reconocido en la Constitución a través de su reforma. Sólo a través de un pacto federal constitucionalizado puede superarse la posición preeminente de los órganos estatales en la conformación y desarrollo del Estado autonómico que, no lo olvidemos, está en el origen de esta práctica de protagonismo estatal en la transposición de las directivas al margen del reparto competencial interno. También en el mismo sentido, la garantía de cumplimiento del Derecho europeo no correspondería al Estado central sino a la Federación y la propia Constitución debe articular la forma de hacerlo efectivo en el ámbito interno.

3) En una investigación de estas características resulta imprescindible el acercamiento a la experiencia de otros países, sobre todo cuando se parte de que la práctica en España es insatisfactoria o cuando menos se aleja de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional en su doctrina. El trabajo del profesor López Bofill expone de forma sintética pero clara la situación en cuatro Estados descentralizados europeos que pueden servir de referencia: Alemania, Austria, Bélgica e Italia. Se parte también en este trabajo de los principios europeos que marcan este proceso, en los que junto al ya conocido, y nodal, principio de autonomía institucional se destacan el prin-

<sup>1</sup> Sobre esta idea remito a mi trabajo «The function of the Constitutional Court in the Distribution of Competences: A critical vision», en A. López-Basaguren; L. Escajedo San Epifanio (editors), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*. Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2013, Volumen 1, páginas 527-543.

cipio de identidad nacional de los Estados miembros, con el respeto a las estructuras fundamentales constitucionales y políticas de los Estados incluyendo también «lo referente a la autonomía local y regional» (art. 4.2 TUE) y el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, la conclusión desde esta perspectiva europea sólo puede ser la reiteradamente expuesta: hace posible la participación regional en el proceso de transposición pero no la impone.

El punto de partida del análisis es la pregunta sobre si la transposición de directivas es un instrumento de centralización. La pregunta es pertinente pues hemos comprobado que en España lo ha sido. Por ello, resulta procedente comprobar si esto también ocurre en otros Estados y, en otro caso, las causas de la respuesta negativa. La primera conclusión que nos aporta este trabajo es que la participación regional se vincula al rasgo de la «estatalidad» del ente territorial. De esta forma en las uniones de tipo federal se reconoce la máxima intervención de los entes federados en el proceso de incorporación interna de las normas europeas (Alemania) mientras que se advierte una menor intervención en los sistemas descentralizados de tipo devolutivo (Italia o España). Sin embargo, más importante que el carácter integrativo o devolutivo del modelo territorial me parece la segunda cuestión planteada en este trabajo: la regulación constitucional. A juicio de López Bofill, los modelos en los que la incorporación normativa de rango constitucional se encuentra más desarrollada aportan una mayor certidumbre. Es importante pues en este punto España se diferencia nítidamente del resto de Estados considerados en los que a través de reformas constitucionales se ha regulado la participación de los entes territoriales en la fase ascendente y descendente de aplicación del Derecho europeo, mientras que en España las

referencias son casi nulas, más allá de las que pueden deducirse del nuevo art. 135 tras la reforma constitucional de 2011.

Con estos presupuestos se analiza la participación regional en los países considerados a partir de cuatro criterios: el diseño constitucional; los mecanismos de participación de los entes territoriales en la fase de aprobación y de recepción del derecho de la Unión (fase ascendente); los mecanismos de intervención de los entes territoriales en el proceso de aplicación del Derecho de la Unión (fase descendente) y los mecanismos de garantía de cumplimiento. Siguiendo el criterio expuesto más atrás en relación a la construcción teórica nos detenemos únicamente en los dos que afectan directamente al objeto de la investigación: la regulación constitucional y la fase descendente o proceso de incorporación del Derecho europeo al ordenamiento interno.

En cuanto al diseño constitucional se destaca, con razón, la importancia de la reforma constitucional alemana de 2006 en cuanto rompe con el binomio de principios establecidos por la Federación, por un lado, y concreción normativa por los Länder para tender al reconocimiento de espacios de exclusividad para ambos. Esto tiene una importancia directa en el proceso de incorporación normativa del Derecho europeo en cuanto contribuye a clarificar el ente que debe trasponer la norma comunitaria pues, como en España, corresponde a quien sea titular de la competencia según el reparto interno. Ocurre que en España prácticamente todas las materias de competencia autonómica son compartidas pues el Estado puede intervenir a través de sus títulos horizontales, especialmente la «ordenación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE) para establecer las bases y la coordinación. Por ello, esa clarificación frente al «enmarañamiento» querida en Alemania no se advierte en España. A ello se

le añade un segundo elemento también fundamental cual es la existencia de una cámara territorial de representación de los Estados, el Bundesrat, en la que se determina la forma concreta de trasponer. En efecto, como señala López Bofill, la participación determinante de los Estados miembros en sede legislativa refuerza el peso de las entidades federadas en la transposición del programa normativo de la Unión en la fase descendente. Incluso cuando la transposición de la directiva se hace mediante reglamentos se exige que sea autorizado por una norma legislativa de delegación aprobada en el Bundesrat, esto es, con aprobación de la mayoría de los representantes de los Länder. Esta experiencia, configurada sobre dos pilares: delimitación clara de las competencias respectivas y participación en el proceso de transposición del órgano constitucional de representación de los territorios a partir del reconocimiento constitucional es, sin duda, la más valiosa del Derecho comparado y la que debería servir de referencia para el pacto federal al que me refería en el apartado anterior.

En los otros casos se advierten deficiencias que hacen menos atractivos los modelos. En Austria se mantiene la legislación marco como mínimo normativo establecido por la Federación que en el caso de transposición de directivas puede llegar a la regulación de detalle y la forma concreta de transposición puede incorporarse a fórmulas de colaboración como acuerdos y convenios. En Italia, por su parte, la figura de las «leyes comunitarias» asigna al Estado una competencia especial tanto en la fase ascendente como en la descendente. En lo que nos ocupa, la determinación de los elementos comunes de la transposición de derecho europeo es competencia del Estado. La técnica consiste en la aprobación de una «ley comunitaria» estatal anual que incluye la transposición de diver-

sas directivas en ese periodo y en el ámbito competencial correspondiente, sin perjuicio de que existan también leyes comunitarias regionales que concretan de forma singular ese programa normativo de la Unión.

La conclusión que se extrae de este repaso al tratamiento del proceso de transposición de otros Estados descentralizados es que el modelo español es el más proclive a acrecentar la centralización al trasponer las directivas europeas. En primer lugar, los sistemas de mayor indeterminación competencial basados en un modelo de legislación de principios estatal y legislación de desarrollo regional parecen favorecer esa centralización pues las competencias principales del Estado siempre tendrán un mayor alcance transversal. En segundo lugar, la ausencia de intervención «determinante» de los entes territoriales en la fase descendente de transposición del derecho de la Unión en el ámbito de las competencias legislativas de carácter compartido, como notoriamente sucede en España por la ausencia de definición institucional del Senado como cámara de representación territorial, aminora todavía más las posibilidades de participación de los entes territoriales. Finalmente, los modelos en los que la relación regiones-Estado-Unión Europea tiene una menor regulación constitucional, o carece de ella, coinciden con aquellos en los que el impacto del derecho de la Unión tiene efectos centralizadores.

4) A continuación, los análisis empíricos nos muestran, con un ingente despliegue de material, que efectivamente el art. 149.1.13 CE ha permitido al Estado desarrollar un papel preeminente, un cuasi-monopolio (De la Quadra), en el proceso de transposición de directivas. Una tercera parte de las directivas incorporadas por el Estado en los años 2007, 2008 y 2009 in-

vocan el art. 149.1.13 CE para fundamentar por sí mismo o en conjunción con otros títulos, la competencia normativa del Estado. Y ello no sólo en materia financiera o medio ambiental sino también en supuestos que afectaban a competencias específicamente autonómicas como pesca, agricultura o ganadería.

En las directivas que inciden en la regulación económica, T. de la Quadra lo justifica porque el grueso de las competencias transferidas a las instituciones europeas está vinculado a la construcción del mercado único. No sólo las referidas al mercado interior, fiscalidad o unión aduanera sino también las referidas a sectores como energía, transporte, empleo, consumidores, medio ambiente o sociedad de la información. Para todas ellas hay títulos específicos del Estado en el art. 149.1 CE pero allí donde no llegan estos, como en agricultura, ganadería, comercio o industria se aplica el art. 149.1.13 CE. No obstante, la clave radica en que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia del alcance de las competencias del Estado y ha aceptado unas bases estatales muy detalladas. De esta forma, la actuación del Estado alcanza incluso a la ejecución de la materia regulada. Y, además, no olvidemos un factor clave, a saber, que esta práctica no ha generado apenas conflictividad.

En cuanto a las directivas ambientales, el detallado estudio de la profesora Nogueira nos muestra con nitidez las deficiencias del proceso de transposición con las mismas características advertidas en los restantes trabajos: se transpone forzando el reparto interno de competencias pero las CCAA han aceptado generalmente de forma acrítica esta práctica. Destaca A. Nogueira que las CCAA no parecen reclamar para sí mismas la incorporación del Derecho europeo ambiental, excepto en los

aspectos más procedimentales, ni suelen cuestionar las normas básicas estatales que transponen Directivas. Muestra también cómo actúan las CCAA cuando participan en el proceso de transposición de forma que sólo un reducido número de ellas mantienen una pauta constante de transposición de las directivas ambientales (Cataluña, País Vasco, Navarra, Castilla León y Andalucía), mientras que las restantes desarrollan a lo sumo una «transposición a impulsos» o se abstienen de hacer el desarrollo normativo de la legislación básica estatal.

Finalmente, en el muy extenso y detallado estudio sobre la directiva de servicios del profesor Pérez Fernández se destacan dos elementos a tener en cuenta al plantear propuestas de mejora del proceso de transposición en el Estado autonómico. Por un lado, como se ha repetido en prácticamente todos los trabajos, la amplitud casi ilimitada que está alcanzando el art. 149.1.13 CE como vía para recentralizar las competencias en materia económica. Por otro, la problemática derivada de que las normas autonómicas vigentes que colisionen con la nueva normativa básica estatal devienen en inconstitucionales, dando lugar a la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida.

5) A partir del acercamiento teórico y empírico desarrollado a lo largo de toda la investigación, en el último capítulo X. Arzo aborda el diagnóstico y las perspectivas de futuro de la transposición de directivas en el Estado autonómico. La problemática ha quedado expuesta y es el momento, por tanto, de sintetizar y plantear propuestas de mejora.

La conclusión primera es que la transposición de directivas ha producido en la práctica un importante desplazamiento competencial a favor del Estado. Así lo había señalado la doctrina, de forma mayoritariamente crítica, y el Consejo de

Estado de manera complaciente. De hecho, la jurisprudencia constitucional reconoce diversos títulos que permiten al Estado una amplia intervención en el espacio competencial autonómico. Y ello no sólo en las materias directamente vinculadas a la regulación económica sino en general en todos los sectores materiales pues resulta difícil excluir la incidencia económica. Ahí está el caso de la Directiva de servicios pues la inexistencia de título del Estado sobre actividad de servicios no ha impedido al Estado trasponer la directiva o el de las directivas ambientales respecto a las cuales se utiliza el título horizontal del 149.1.13 CE junto al material del 149.1.23 CE.

Las consecuencias también habrían sido apuntadas: vaciamiento de las competencias autonómicas, especialmente de las legislativas, y transformación de los títulos competenciales autonómicos exclusivos en compartidos. En definitiva, se ha asentado una práctica en la transposición de directivas que no responde a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y provoca la recentralización de competencias autonómicas en el proceso de aplicación del Derecho Europeo.

Sin embargo, se ha comprobado también que ni las propias CCAA ni el Tribunal Constitucional han intentado evitar esta situación. Resulta claro que la mayoría de las CCAA han aceptado esta práctica de transposición, y no ha generado apenas conflictividad si excluimos el caso de Cataluña (como se sabe el País Vasco renunció a partir de 1989 a plantear ante el Tribunal Constitucional las controversias competenciales, con la excepción de los planteados en 2012 por el gobierno López). Como apunta expresamente el Informe del Consejo de Estado de 2010, las CCAA «han redirigido su atención a asegurar su participación en la fase ascendente y a hacerla efectiva por otros cauces distintos a

la transposición en la fase descendente».

A su vez, el Tribunal Constitucional se ha limitado a formular el principio de no alteración del reparto competencial en el proceso de transposición de las directivas pero no ha abordado el problema de que efectivamente la práctica ha provocado un cambio en la distribución de competencias.

La cuestión que se plantea es por qué ocurre esto o dicho con la precisa expresión del profesor Azpitarte: «por qué la Constitución no vuelca su normatividad en la incorporación del derecho europeo».

El Consejo de Estado justifica constitucionalmente esta práctica en la necesidad de prevenir y evitar la responsabilidad por incumplimiento que se imputa directamente por la Unión Europea al Estado. Esta tesis ha sido respaldada en la STC 130/2013 apelando a la cláusula de la supletoriedad en un sentido distinto a como se había considerado a partir de la STC 61/1997. En la STC 130/2013/9 indica el Tribunal Constitucional que «a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las CCAA, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del derecho derivado europeo». Como explica T. de la Quadra parece imponerse la tesis de que es preferible extender el alcance de los títulos del Estado para evitar el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea aunque suponga el vaciamiento de las competencias autonómicas. Sin embargo, ello supone la quiebra de dos asentadas construcciones jurisprudenciales. Por un lado, la que ha sostenido que la supletoriedad no es una cláusula universal atributiva de competencias y, por tanto, el Estado no puede actuar amparándose en el 149.3 CE si no tiene un título competencial. Por otro lado, que la garantía del cumplimiento no puede fundamentar la alteración del reparto competencial. Son pilares del proceso de

construcción del Estado autonómico que no pueden ser cuestionados de forma ligera amparándose en que los «agricultores y ganaderos deben poder percibir las ayudas que les corresponden según la reglamentación comunitaria aplicable».

Pero además se aducen razones técnicas que son, efectivamente, débiles, como sostiene X. Arzoz. Ni el grado de detalle de las directivas ni la coincidencia funcional entre directiva y norma básica pueden justificar la transposición por parte del Estado cuando afecta a competencias autonómicas. Todo lo contrario. Ambos motivos podrían justificar la abstención del Estado. Si las directivas son detalladas o existe coincidencia funcional entre directiva y norma básica ello significa que el ámbito de lo básico ha sido total o parcialmente ocupado por la regulación europea y, por tanto, corresponde actuar al competente para el desarrollo normativo de lo básico que realizará la incorporación al ordenamiento interno exigida por el Derecho de la Unión.

En este punto merece una referencia específica la cuestión de la posible sustitución de las bases estatales por la actuación autonómica en el proceso de transposición de directivas cuando el alcance del espacio básico del Estado coincide con lo ya regulado en la directiva europea. Como se sabe esa posibilidad se ha incluido en algunos Estatutos de Autonomía (Cataluña, Andalucía) y ha sido enjuiciada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010. La cuestión se plantea en tres trabajos distintos desde posiciones también diferentes, como apuntaba antes. Comparto la posición de López Bofill en el sentido de que la interpretación conforme que realiza el Tribunal Constitucional de la disposición estatutaria catalana en la que se recoge ese supuesto no permite avanzar mucho pues el Tribunal Constitucional destaca que la

competencia del Estado no queda ni «desplazada ni eliminada por la norma europea» y «la sustitución de unas bases por el Derecho Europeo no modifica constitutivamente la competencia estatal de emanación de bases». Sin embargo, ello no significa, como también se afirma en el trabajo de López Bofill que «la Comunidad Autónoma no puede articular el desarrollo normativo fundamentándose directamente en Derecho europeo desconociendo el espacio competencial básico que la Constitución atribuye al Estado» (págs. 202-203). Creo que no es exactamente esto lo que quiere decir el Tribunal Constitucional, y lo que se había sostenido previamente en la doctrina sino, en un sentido algo distinto, que la previsión estatutaria no puede anular la competencia estatal para establecer las bases. Por tanto, en ausencia de bases estatales, la Comunidad Autónoma puede trasponer directamente el Derecho Europeo interpretando que el espacio básico queda cubierto por la norma europea. Pero ello no impide al Estado establecer las bases en ejercicio de su título competencial, si lo tiene, y esas bases deberán ser respetadas por la Comunidad Autónoma aun cuando provoque la inconstitucionalidad sobrevenida de normas autonómicas. Ciertamente no tiene sentido que el Estado dicte unas bases para reiterar lo que ya dice la directiva europea pero cuestión distinta es sostener que no puede hacerlo en virtud de lo previsto en el Estatuto cuando dispone de título competencial para ello.

En consecuencia, las razones de esta forma de actuar en la transposición de directivas no son de carácter técnico. Más bien, como exponía en el primer capítulo M. Azpitarte y ahora se reitera deben vincularse a los rasgos genésicos del Estado autonómico, con unas CCAA de menor nivel competencial que requerían la actuación supletoria del Estado. Ello contribu-

yó a instaurar unas pautas de actuación que se han mantenido incólumes y resulta difícil modificar.

Este protagonismo estatal ha provocado numerosos problemas que se apuntan bien en este apartado a partir de lo expuesto al hilo de la concreta transposición de directivos en los trabajos de T. de la Quadra-Salcedo Janini, A. Nogueira López y J.M. Pérez Fernández. En efecto, es un problema la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas autonómicas cuando el Estado decide modificar de manera unilateral las bases, sin que exista condicionamiento alguno para ello y a partir de una doctrina extensiva de las bases por parte del Tribunal Constitucional. Así ha ocurrido en la transposición de las directivas ambientales. También es cierto que cuando el Estado invoca el art. 149.1.13 CE junto a los títulos sectoriales la finalidad de esa mención conjunta no es sólo justificar la transposición por parte del Estado sino retener amplias funciones para la ejecución de la regulación derivada de la directiva. También las directivas de medio ambiente constituyen un buen ejemplo en este sentido.

En este contexto problemático se plantean diversas soluciones y propuestas como conclusión de la investigación.

En primer lugar, encontramos la apelación a tomarse en serio la distribución de competencias, lo que obliga a un cambio de actitud por parte de los actores implicados, tanto el Estado como las CCAA que deben reivindicar su espacio propio y ejercer sus competencias. Para ello se plantea como garantía externa la inclusión de la «autonomía regional» en el respeto de la identidad constitucional de los Estados», a la que hemos concedido escaso alcance. También hemos dicho que parece poco relevante para alterar la apuntada dinámica el reconocimiento de esta facultad de trans-

posición en los Estatutos de segunda generación, como ya he señalado. Es verdad que «anclan en el bloque de la constitucionalidad algunas reglas importantes que hasta hoy sólo tenían una base doctrinal y jurisprudencial». Sin embargo, la mencionada «devaluación» del Estatuto de Autonomía como fuente que ha derivado de la STC 31/2010 impide la eficacia real de esta garantía, como hemos comprobado al analizar la previsión estatutaria de sustitución de las bases estatales cuando la directiva europea cubra ese espacio competencial. Si esa previsión concreta de sustitución tiene escaso alcance pese a su conformidad constitucional, aun tendrá menos la referencia genérica a la participación autonómica en el proceso de incorporación.

En segundo lugar, se insiste en rechazar la adopción de normas estatales de transposición de carácter básico de contenido meramente reiterativo de la directiva. En ese sentido, se considera que el Estado debe abstenerse para no incrementar la complejidad normativa aumentando el número de escalones normativos. El planteamiento es, sin duda, razonable. El problema es que atendiendo a la dinámica desarrollada hasta aquí en el Estado autonómico y a la posición del Tribunal Constitucional en relación tanto a la variabilidad de lo básico como a las propias previsiones estatutarias no se entiende como se podrá conseguir, sin ningún cambio normativo, la reconsideración en una forma de actuar plenamente consolidada que incluso tiene el aval del Consejo de Estado y se despliega mientras el Tribunal Constitucional se limita a recordar el principio genérico de no alteración del reparto de competencias en el proceso de transposición sin extraer sus consecuencias. Cuando ha debido ocuparse de esta cuestión al valorar las previsiones estatutarias que pretenden reforzar la participación regional no ha reconocido la sustitución del espacio es-

tatal por las CCAA al cubrir la directiva el espacio de lo básico sino más bien la posibilidad de ocupación normativa de ese espacio por las CCAA en el proceso de transposición en cuanto la instancia autonómica no tiene que esperar plazo alguno para transponer. Pero ello no impide la actuación ulterior del legislador básico que se impone a la autonómica en cuanto se desarrolla en su espacio competencial.

En tercer lugar, se denuncia la inexistencia de pautas claras de actuación para los órganos del Estado en el proceso de transposición. Es evidente que las Directrices establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas de 2008 son genéricas e insuficientes. A su vez, también las CCAA deben reflejar institucional y procedimentalmente la transposición y sus consecuencias jurídicas como es la obligación de notificar las medidas internas de transposición, comunicándolas formalmente al Estado, a fin de que proceda a notificar dichas normas a la Comisión Europea.

En cuarto lugar, es evidente que el actual mecanismo de colaboración en el proceso de transposición a través de las conferencias sectoriales no está funcionando. Estas conferencias son órganos para el intercambio de información pero no sirven como órganos de decisión sobre como transponer las directivas. La solución que propone el Consejo de Estado en su Informe es potenciar el papel de las conferencias sectoriales y especialmente de la CARCE; sin embargo, no sirve. El reflejo más claro es que la actual CARUE no se ha reunido desde hace dos años, esto es, en la práctica no existe aunque formalmente se siga hablando de ella. La raíz del problema la explica muy bien X. Arzoz: «El Estado no necesita la cooperación porque cuenta con la ventaja de saber que ante un hipotético conflicto su normativa gozará de plena eficacia, mientras que la normativa autonómica será sus-

pendida» (pág. 555). Ocurre que en ese contexto no creo que puedan tener eficacia la constitución de una «red de correspondientes de la transposición» o un «grupo de alto nivel de la adaptación del Derecho de la Unión». Son propuestas de mejora que plantean un cambio de actitud sin alterar el marco normativo que difícilmente resolverán el problema si partimos de la premisa de que en el modelo actual el Estado no necesita la cooperación. Es necesario, por tanto, alterar el *status quo* para impedir el despliegue de los mecanismos propios del Estado autonómico unitario.

En definitiva, la investigación plantea unas pautas de actuación en el proceso de transposición que resultan indudablemente adecuadas, a saber: a) Las CCAA deben y pueden transponer las directivas europeas hasta donde alcanza su competencia normativa; b) Los órganos centrales del Estado deben transponer si sus competencias sectoriales u horizontales le habilitan para ello. En el supuesto de que no pretendan dictar normas básicas sería conveniente que lo anunciaran y formalizaran en órganos de colaboración, con consecuencias al considerar la responsabilidad financiera por incumplimiento; c) Si el Estado opta por adoptar nuevas normas básicas deberían dejar un plazo de tiempo prudencial a las CCAA para que adapten sus normas de desarrollo.

Sin embargo, dudo que se puedan implementar esas pautas de actuación sin alterar el marco normativo cuando la práctica de protagonismo estatal en la transposición de directivas está consolidada y el Estado no necesita la cooperación. A mi juicio, en esta investigación hay mimbres para plantear una propuesta más ambiciosa que resuelva las deficiencias advertidas. Debe girar, como se apuntaba antes, por utilizar como referencia el modelo alemán. En Alemania concurren los tres elementos claves para garantizar una adecuada parti-

cipación regional en el proceso de transposición cuando afecte a sus competencias conforme al reparto interno: el reconocimiento constitucional que garantice su aplicación desde la cúspide del ordenamiento; una delimitación clara de las competencias respectivas de Estado y CCAA que facilite la atribución de la responsabilidad y un órgano constitucional de representación de los territorios que intervenga en el proceso normativo de transposición, no como un mero foro de información y deliberación sino un órgano constitucional con capacidad legislativa, al modo del *Bundesrat*.

Por tanto, a mi juicio, es necesario constitucionalizar el modelo de transposición de directivas. En puridad, es un elemento más del cambio constitucional pendiente en España. Se enmarca en la constitucionalización del pacto federal que supere la configuración estatalista originaria del modelo territorial en España. Es la que permite que la norma institucional básica de las CCAA sea una fuente del Estado, las bases estatales puedan ser variables, detalladas y materialmente ilimitadas o la impugnación de una norma autonómica provoque su suspensión mientras no ocurre así a la inversa. En ese pacto federal deben concretarse las competencias del Estado en la Constitución, especificando las facultades concretas y limitando los títulos transversales. También deberá sustituirse el actual Senado por una auténtica cámara de representación territorial con funciones específicas para que pueda desarrollar esa tarea. No son los únicos cambios que se plantean en un programa normativo de federalización del Estado autonómico pero están entre los ineludibles y, con ellos, el cambio en la forma de trasponer las directivas en el sentido propuesto por esta investigación se producirá con naturalidad. La delimitación de las facultades competenciales del Estado y la atribución a los entes territoriales de las restantes permi-

tirá determinar con más claridad quien es el competente para trasponer la directiva en cada caso. Por otro lado, un Senado territorial podrá cumplir la función que en Alemania desarrolla el *Bundesrat* al aprobar las leyes que traspongan directivas comunitarias. Con ello se garantiza la participación regional en el proceso. Incluso debe recordarse de nuevo que en Alemania aun cuando la transposición se haga a través de reglamentos, proceso muy habitual en España como se ha comprobado en el caso de las directivas ambientales, esa transposición deberá ser aprobada también en el *Bundesrat*.

En definitiva, estamos ante una excelente recopilación de trabajos en los que se muestran las deficiencias del proceso de transposición de directivas en el Estado autonómico desde distintas perspectivas: teórica, comparada y empírica. Son, en esencia, las que ya se habían detectado en trabajos anteriores pero ahora se aporta no sólo un renovado y actualizado análisis teórico sino fundamentalmente un análisis empírico que dificulta seguir manteniendo posiciones como la sostenida por el Consejo de Estado.

En cuanto a la forma de superar esta separación entre el modelo derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional y la práctica material, las propuestas recogidas en la parte final de libro son adecuadas. No obstante, a mi juicio, de los propios contenidos de la investigación puede extraerse una propuesta más ambiciosa pues la dinámica desarrollada en estos años está tan asentada que sólo con cambios normativos desde la cúspide del ordenamiento se puede alterar la forma de trasponer directivas desarrollada hasta aquí.

José Antonio Montilla Martos  
Universidad de Granada

## RECENSIONES

VV.AA., *El Derecho de la Unión Europea visto por el Abogado General. Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a través de sus conclusiones*, Iustel, Madrid, 2013, 616 pp.

Los 11 letrados que, en distintos momentos, integraron el Gabinete del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el Tribunal de Justicia de la UE le tributan un merecido homenaje, sirviéndose para ello de las conclusiones que aquél tuvo ocasión de presentar a los largo de los 14 años en los que desempeñó su cargo en dicha institución. Se trata, sin duda, de un formato original, que permite que el homenajeado se manifieste en cada uno de sus páginas y por el que hay que felicitar a los autores (o quizás al propio Dámaso, pues la obra encuentra su inspiración en un proyecto que éste inició, consistente en reunir en una monografía algunas de sus grandes conclusiones).

Más allá de la genialidad de la idea, el libro, en su desarrollo, merece las mayores alabanzas, pues nos conduce, con una redacción ágil e impecable, a lo largo y ancho de los grandes temas del Derecho de la UE, presentando la posición sostenida por Dámaso.

Está formado por 10 capítulos y un epílogo. La estructura de cada uno de los capítulos es idéntica: se abre con una introducción, en la que cada uno de los letrados/autores se hace eco de las principales aportaciones de Dámaso Ruiz-Jarabo en el ámbito material objeto de tratamiento; a la introducción le siguen, según los casos, una, dos o tres conclusiones del homenajeado, que van precedidas de una presentación a cargo del letrado que vivió con Dámaso el asunto y en la que se explican las circunstancias que lo rodearon, el estado de la jurisprudencia vigente hasta ese momento, la acogida que la opinión del Abogado Gene-

ral español tuvo entre los jueces o incluso la forma en que él vivió el caso. Si las *introducciones* a los capítulos ofrecen una completa visión de conjunto sobre la postura de Dámaso en los distintos temas, las *presentaciones* que anteceden a las conclusiones seleccionadas satisfacen a los espíritus más ávidos de detalles y de profundizar en la cuestión concreta abordada en cada una de ellas. Lo bueno es que unas y otras reflejan la personalidad de Dámaso, tan sensible en la aproximación a muchos asuntos, como férreo en la defensa de la que consideraba mejor solución.

Los capítulos se centran en las siguientes materias: las fuentes del Derecho de la UE y su relación con los ordenamientos nacionales (cap. I); la justicia de la Unión, donde se trata de la cuestión prejudicial, pero también de la composición del TJUE y de las distintas vías de recurso ante él (cap. II); los derechos fundamentales, donde lamentablemente falta la introducción al tema (cap. III); la ciudadanía de la Unión (cap. IV); las libertades del Mercado interior (cap. V); el Derecho de la competencia (cap. VI); el Derecho público económico de la Unión (cap. VII); las políticas de igualdad (cap. VIII); la propiedad intelectual (cap. IX); y, el llamado Espacio de libertad, seguridad y justicia (cap. X). Allí afloran sus preocupaciones por la excesiva laxitud del TJUE en la calificación como «órgano jurisdiccional» a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, su sensibilidad hacia la discriminación femenina en el trabajo o las dificultades derivadas de la identidad sexual, su apuesta por la ciudadanía europea como un nuevo estatuto y su deci-

dido impulso al espacio de libertad, seguridad y justicia, su ponderación a través del manejo del principio de proporcionalidad en el marco de las libertades básicas del Mercado interior, su defensa a ultranza de la figura del Abogado General, su apuesta por la plena virtualidad de las directivas, su prudencia al establecer las consecuencias —en términos de categorías jurídicas— de la primacía del Derecho de la UE con respecto a las normas nacionales o su ímpetu al reclamar que, en el marco del actual art. 267 Tratado Funcionamiento UE, el TJUE no dudara en pronunciarse con claridad acerca de la compatibilidad de una legislación nacional con el Derecho de la UE cuando aquél dispusiera de un conocimiento suficiente de los hechos (en lugar de con-

fiar dicha tarea a los órganos jurisdiccionales nacionales, receptores de un respuesta abierta por parte del Tribunal de Luxemburgo).

El epílogo pone fin al libro, haciéndose eco del reto que las citas literarias que el primer Abogado General español en el TJUE acostumbraba a introducir en sus conclusiones, caracterizándolas, supusieron para los juristas-lingüistas de la institución. Otro rasgo innegable de Dámaso Ruiz-Jarabo, su refinamiento, sale así a escena.

Se cierra de este modo una obra redonda. Una obra, en suma, a la altura de Dámaso. ¡Qué alegría!

*Carmen Martínez Capdevila*  
Universidad Autónoma de Madrid

BARBÉ, E. (dir.), *La Unión Europea en las Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, 433 pp.

Ya se han convertido en un clásico de nuestra literatura científica sobre acción exterior de la Unión Europea las aportaciones que, bajo la forma de obras colectivas, periódicamente nos ofrece el grupo de investigación dirigido por la Prof<sup>a</sup>. Esther Barbé y de las que venimos dando cumplida cuenta en esta sección de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (en último término en el n<sup>o</sup> 45, mayo-agosto 2013, p. 860). En esta ocasión, a diferencia de otras anteriores, la publicación que presentamos no es resultado directo de un proyecto de investigación concreto, sino más bien el fruto casi natural del amplio bagaje conjunto de un equipo de trabajo consolidado a lo largo de más de una década en torno al *Observatorio de Política Exterior Europea*, que inicialmente se constituyó en el seno del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Univer-

sidad Autónoma de Barcelona y que desde hace unos pocos años desarrolla su actividad vinculado al *Institut Barcelona d'Estudis Internacionals*.

En consonancia con la naturaleza misma de este grupo de investigación, al que para esta iniciativa se suma algún colega externo como el Prof. José Antonio Sanahuja, la obra de la que damos noticia responde esencialmente al enfoque propio de las Relaciones Internacionales, con el complemento del análisis jurídico o del que resulta de la Economía Política Internacional a propósito de determinadas cuestiones. Todo ello con la intención de dirigirse fundamentalmente al público académico, pero sin renunciar, como reconoce la directora del trabajo, a poder seducir «a aquellas personas que desean, en momentos de crisis y de debate en torno al proyecto europeo, documentarse y reflexionar sobre la

interacción de la UE con un mundo en proceso de cambio» (p. 30). Desde luego los cuadros, gráficos y tablas que jalonan todos los capítulos del texto reflejan esta vocación, al margen de la evidente utilidad que también presentan para el lector más avezado en la materia objeto de estudio.

Como siempre ocurre con este tipo de empresas colectivas, por otra parte indispensables para abordar con solvencia y con ciertas pretensiones de globalidad una temática tan amplia y compleja como la relativa a la acción exterior de la UE, el principal riesgo que acecha es el de la excesiva heterogeneidad en las aproximaciones que puedan proponer los autores implicados. En efecto, mantener un hilo conductor que dote de consistencia interna a una publicación integrada por una veintena de contribuciones de otros tantos investigadores, referidas además a ámbitos materiales muy distintos entre sí, no es en absoluto tarea sencilla. Por ello se agradece el cuidado con el que la Prof<sup>a</sup>. E. Barbé trata de definir en el capítulo introductorio el marco conceptual en el que habrá de desenvolverse la obra en su conjunto; lo hace en torno a tres debates fundamentales: los que suscita la consideración de la UE como subsistema internacional, como sistema de política exterior y, en fin, como actor internacional al que por fuerza nos vemos obligados a adjetivar de un modo u otro. Aun siendo parámetros bastante amplios, resultan suficientes para asegurar una coherencia más que notable a lo largo del trabajo sin constreñir en exceso la indispensable autonomía que requiere el análisis de esferas de actuación muy diversas dentro de la proyección exterior de la UE.

No es posible en el breve espacio de una reseña como esta comentar pormenorizadamente el contenido de cada uno de los capítulos que integran la obra. Me limitaré, por tanto, a dejar constancia del modo

en el que aparecen organizados en las tres partes que definen su estructura.

Bajo el título genérico de «Instituciones, procesos e instrumentos», en la primera parte encontramos sendas aproximaciones generales a la nueva configuración jurídica de la acción exterior de la UE tras el Tratado de Lisboa (Alfonso González Bondía) y a los principales instrumentos con los que esta cuenta para desarrollarla (Débora Miralles Solé), seguidas de estudios más específicos sobre el modo en el que actores, procesos e instrumentos interactúan en los ámbitos tradicionalmente asociados a una dinámica más intergubernamental: la política exterior y de seguridad común (Pol Morillas), la política común de seguridad y defensa (Milagros Álvarez Verdugo) y la vertiente externa del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia (Raúl Hernández i Sagrera). Este primer bloque temático se cierra con una interesante reflexión, a cargo de Laia Mesres, sobre el fenómeno de la europeización de las políticas exteriores nacionales en el marco del proceso de integración europea.

La segunda parte del libro está dedicada a «cartografiar» las relaciones exteriores de la UE a partir del estudio de una selección de casos que no agotan, como es obvio, el abanico de actores internacionales con los que la Unión mantiene vínculos convencionales o de otro tipo, pero que sirve para ilustrar consistentemente la diversidad de modelos de relación ensayados en la práctica. Desde el que se aplica a los Estados terceros candidatos o susceptibles de aspirar a la adhesión (Elisabeth Johansson-Nogués) hasta el que la UE ofrece en general a los países en desarrollo (Federico Guerrero), pasando por los patrones de actuación que de un tiempo a esta parte se siguen con los «Estados vecinos» (Michal Natorski y Eduard Soler i Lecha), con los principales «socios estratégicos», es decir, Estados Unidos, Ru-

sia y China (Lluc López i Vidal, Francesc Serra y Juan Pablo Soriano); o con otras regiones en las que, con mayor o menor fortuna, la lógica de la integración económica trata de abrirse paso («La Unión Europea y el interregionalismo», Lluc López i Vidal y Juan Pablo Soriano).

Por último, el tercer y más nutrido bloque de capítulos, se orienta a la valoración del papel que la UE desempeña y, por tanto, la influencia que es capaz de desplegar en tanto que «actor en la gobernanza global»; un papel que, atendiendo no sólo al mandato que le imponen sus propios textos constitutivos sino también a su vocación casi natural hacia el multilateralismo, debería ser en principio de claro liderazgo internacional. Los ámbitos concretos objeto de estudio, que en gran parte coinciden con la actividad de las principales organizaciones que solemos identificar con esa gobernanza global, son el comercio (OMC; Patricia García-Durán y Montserrat Millet), las finanzas (G20 y FMI; José Antonio Sanahuja), las negociaciones internacionales del clima (Oriol Costa), la gobernanza global de la energía (Anna Herranz Surra-

llés), la no proliferación de armas de destrucción masiva (Benjamin Kienzle), así como la promoción de los derechos humanos a través de Naciones Unidas (Esther Barbé). Completa esta tercera parte una original aproximación al modo en el que la UE interactúa con lo que cabría denominar «gobernanza privada o transnacional» («La UE frente a las autoridades privadas», Martijn C. Vlaskamp).

Pese a lo escueto de esta presentación, el lector sabrá apreciar sin duda tanto en el planteamiento general como en el contenido preciso de la publicación reseñada las virtudes de un muy buen trabajo colectivo, dirigido y ejecutado con el rigor al que nos tiene acostumbrados el grupo de investigación responsable del mismo, y que pone a nuestro alcance una excelente guía para interpretar en momentos particularmente convulsos una faceta del proceso de integración sobre la que cada vez planean más exigencias y, a la vez, más interrogantes.

Luis N. González Alonso  
Universidad de Salamanca

JIMENO BULNES, M., (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, Comares, 2014, 253 pp.

Por sus repercusiones en la vida de los ciudadanos y en la labor diaria de los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, la construcción del llamado «espacio judicial europeo» viene siendo objeto de una intensa y continúa atención por parte de la doctrina española y extranjera. Esta obra colectiva, coordinada por Mar Jimeno Bulnes, constituye una nueva y excelente aportación al tema, en la que se examinan algunos de los retos y cuestiones que

suscita la progresiva consolidación de un «Derecho Procesal europeo» en su doble vertiente civil y penal. Para ello cuenta con el valor añadido de presentar los resultados más recientes del trabajo que un equipo de carácter interdisciplinar, cuyos miembros pertenecen a distintas Universidades españolas, viene desarrollando en el marco de sucesivos proyectos de investigación.

La obra se abre con una perspectiva actual del espacio judicial europeo en ma-

teria civil y penal (capítulo I), en el que la coordinadora examina el papel fundamental desarrollado por el TJUE como propulsor de la construcción del Derecho Procesal Europeo a través de la cuestión prejudicial, resaltando el papel visionario y premonitorio de esta Institución, al anticipar soluciones que después han sido incorporadas por el legislador, tanto a nivel europeo como nacional. Destaca en este sentido el análisis de la mediática y conocida sentencia Mohamed Aziz, de 14 de marzo de 2013, en el que se pone de relieve sus consecuencias sobre la legislación española en materia de créditos hipotecarios, así como el avance de la posibilidad de una futura regulación europea en materia de ejecución forzosa. Ahora bien, como ya se advierte en el prólogo de la obra, a cargo de Ángel Llorente, Director General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, del Ministerio de Justicia, la armonización de los procesos nacionales, como elemento clave de la construcción del espacio judicial europeo, no es tarea exenta de dificultades. A este respecto, resulta muy ilustrativo el examen de la jurisprudencia del TJUE en relación con las dudas y silencios que suscita, el que quizás sea por el momento el instrumento estrella de la cooperación judicial en materia penal, la orden de detención europea.

A continuación se incluye oportunamente, precediendo al análisis de los instrumentos procesales y materiales en materia civil, un estudio a cargo de M<sup>a</sup> Luisa Escalada López sobre los instrumentos orgánicos de la cooperación judicial, en los que se incluyen los Magistrados de enlace, las redes judiciales europeas en materia civil, mercantil y penal, Eurojust y la Fiscalía Europea (capítulo II). El examen de conjunto de estos institutos pone de manifiesto la adecuada convivencia entre

ellos y la existencia de una conciencia generalizada sobre la participación funcional y operativa de cada uno de los mismos en el objetivo común del logro efectivo de la cooperación judicial en el ámbito europeo. En este sentido, son particularmente interesantes las reflexiones acerca de las relaciones entre Eurojust y la Fiscalía Europea, incluyendo el examen del contenido de la propuesta de Reglamento relativo a la creación de ésta última, elaborada por la Comisión.

Debido a que se trata de una investigación en curso y por tanto de carácter dinámico, parece también adecuado que la elección de los instrumentos procesales en materia civil y penal haya respondido al doble criterio de su carácter más o menos novedoso y su repercusión en los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, por lo que se refiere al ámbito civil, Mercedes Serrano Solís examina el proceso europeo de escasa cuantía, regulado por el Reglamento 861 /2007, de 11 de julio de 2007, a la luz de los retos que plantea el conjugar los objetivos de cariz económico con las garantías procesales que han de gobernar las partes de un proceso civil (capítulo III-1). En su examen, la autora advierte certeramente como la reducción de plazos y la flexibilización de normas sobre la prueba y sentencia, al conllevar un aumento de los poderes discrecionales de los tribunales encargados de su aplicación, suscita el riesgo de que se pueda conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, recogido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este mismo ámbito civil, Félix Valbuena González analiza los instrumentos de Derecho de la Unión Europea en materia de mediación, especialmente la Directiva 2008/52, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asun-

tos civiles y mercantiles (Capítulo III-2). Este instrumento constituye un verdadero punto de inflexión en materia de cooperación civil europea, puesto que, tal como señala el autor, es la primera vez que se regula por la Unión un sistema de solución de conflictos que prescinde de la intervención de un juez. No obstante, el examen realizado le permite concluir que se trata tan sólo de un primer paso en la consolidación de los métodos de resolución de conflictos alternativos al proceso (ADR) en el ámbito europeo, debido a su limitado ámbito de aplicación material (sólo asuntos civiles y mercantiles) y formal (únicamente litigios transfronterizos), dejando al margen otros aspectos de indudable trascendencia práctica como la mediación penal y los conflictos internos.

Por lo que se refiere al ámbito procesal penal, se presta atención a dos instrumentos recientes de particular dimensión garantista. El primero de ellos es la Directiva 2012/29 de 25 de octubre de 2012, sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de los delitos, cuyas luces y sombras son objeto de detallado análisis por Begoña Vidal Fernández (Capítulo IV-1). En relación con estas últimas, la autora destaca la posible vulneración de la presunción de inocencia del imputado y la falta de normas comunes en materia de indemnización en caso de accidentes transfronterizos (no sólo de tráfico rodado sino también ferroviario, aéreo y marítimo), planteando una propuesta muy interesante acerca del establecimiento por los Colegios de Abogados de los Estados miembros de una especie de turno especializado en asuntos transfronterizos en la Unión Europea que permita la adecuada formación de los letrados en relación a este tipo de asuntos.

En segundo lugar, M<sup>a</sup> Yolanda Palomo Herrero analiza el derecho de asistencia letrada del imputado a luz de la Directiva

2013/48 de 22 de octubre de 2013, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procesos penales celebrados en los Estados miembros así como a los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea (Capítulo IV-1). También desde una perspectiva crítica, la autora advierte a lo largo de todo el examen realizado acerca de la rebaja de garantías experimentada por la propuesta inicial de la Comisión, destacando la falta de referencia al derecho a la libre designación de abogado y al derecho a recibir una defensa técnica eficaz, así como la necesidad de interpretar las disposiciones de la Directiva de conformidad con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

Finalmente se han incluido a título de ejemplo y con carácter singular dos instrumentos de Derecho material. En el ámbito civil, Esther Gómez Campelo examina el ejemplo de cooperación reforzada que representa el Reglamento 1259/2010 en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial (Capítulo V-2). Como no podía ser de otra manera, el análisis de la primera experiencia en materia de cooperación reforzada le lleva a conclusiones enfrentadas. Así, por una parte, la autora considera como muy positivo que dicho Instrumento permita, de forma armonizada, que las parejas internacionales puedan escoger la legislación nacional aplicable a su divorcio y separación, contribuyendo de esta manera a la seguridad jurídica. Pero, sin embargo, considera negativo que la unificación de las normas de conflicto en el ámbito del divorcio y separación se vean limitadas por el hecho precisamente de que sólo dieciséis Estados miembros forman parte del mismo, en un escenario incierto que, dada la imprevisión de nuevas incorporaciones, no permite confirmar el efecto de «diferenciación positiva» de esta cooperación reforzada.

El otro instrumento, ahora en materia penal, es la Directiva 2013/40, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, cuyo estudio ha realizado M<sup>a</sup> Belén Sánchez Domingo, tomando como punto de partida el presupuesto de su inserción en un proceso de «europeización del Derecho penal» como sustitutivo de un proceso de armonización que pudiera dar lugar a un Derecho penal europeo de carácter sustantivo (Capítulo V-2). El análisis realizado confirma las dificultades de poder hablar de un auténtico Derecho penal europeo en materia de acceso ilícito a un sistema informático, ya que las disposiciones de la Directiva, al no contener una descripción de las conductas típicas, no satisfacen las exigencias del principio de taxatividad de los tipos penales. Se alerta también del exceso de punitivismo y del desequilibrio a favor de la seguridad a expensas de la libertad en la regulación europea de la delincuencia informática, con el consiguien-

te riesgo de disminución de las garantías penales

En suma, el título de la obra «Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia» refleja claramente su contenido en cuanto a lo que la construcción de un espacio judicial europeo se refiere, permitiendo al lector una completa puesta al día de los avances en esta materia a través del examen riguroso y crítico de algunos de los instrumentos más recientes del Derecho Procesal europeo civil y penal desde una triple perspectiva orgánica, procesal y material. Se trata pues de un libro bien estructurado y equilibrado en el contenido, cuyas contribuciones aparecen unidas por un mismo hilo conductor que nos parece particularmente destacable: el respeto a las garantías penales y procesales en la progresiva configuración de un Derecho procesal europeo.

*Isabel Lirola Delgado*

Profesora Titular acreditada a Catedrática  
Universidad de Santiago de Compostela

KRUMA, K., *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status. An Ongoing Challenge*, Brill/Hijhoff, Leiden, 2013, 498 pp.

En esta obra Kristine Kruma realiza un estudio del Derecho de nacionalidad en el plano internacional, comunitario y nacional, centrándose en este último caso en Letonia. La autora considera que la relativa desaparición de las fronteras nacionales y la concesión de derechos directamente aplicables a los ciudadanos de la UE, hace que los nacionales comunitarios sientan que se amplía su percepción de pertenencia a un solo Estado. Esto ha sido posible gracias a la ciudadanía de la UE, que, en su opinión, otorga un estatus a los nacionales de la UE capaz de satisfacer muchas de sus demandas.

La autora estructura el libro que recensionamos en seis capítulos. En el capítulo introductorio se sientan las bases terminológicas y metodológicas del estudio que se realiza. Hay que poner de relieve las dificultades que presenta la utilización de ciertos términos como el de «ciudadanía de la UE», ya que será cada Estado miembro el que fije sus contornos, al estar íntimamente ligado a la nacionalidad. En efecto, se considerará ciudadano de la UE a todo aquél que sea nacional de un Estado miembro. La nacionalidad es una parcela que no ha conseguido comunitarizarse, y sigue concerniendo a ese núcleo de

cuestiones intocables que pertenecen a la soberanía nacional.

El segundo capítulo está dedicado a la regulación de la nacionalidad en el Derecho internacional incluyendo la carencia de ésta (apatrídía). Con buen criterio, la autora, realiza un análisis general de los modos más frecuentes de adquisición de la nacionalidad, al resultar inabarcable la tarea de estudiar las normas específicas de cada uno de los Estados miembros, aunque quizás sí se eche de menos la inclusión de más ejemplos de la regulación de algunas normativas nacionales.

El Capítulo tercero se dedica al estudio de la regulación de la ciudadanía en la UE, realizando especial hincapié en él los derechos que ésta confiere. Presenta un interés particular, en nuestra opinión, el derecho a la reagrupación familiar. La autora analiza la relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la UE, acompañando el estudio con una profusa jurisprudencia. Además, hay que resaltar que no rehúye los problemas en los que en este ámbito se encuentran las parejas del mismo sexo, aunque, sorprendentemente, sin hacer referencia a los matrimonios homosexuales.

En el capítulo cuarto, la autora realiza un análisis de la normativa comunitaria con respecto a los nacionales de terceros Estados, o, más concretamente, aquellos nacionales de terceros Estados que no gozan de libre circulación de personas. Se podría, quizás, haber hecho un análisis más crítico con el Derecho comunitario que se está implementando, que pone el acento en el valor de ciertas diferencias humanas en la regulación del acceso a los derechos y la

pertenencia a la comunidad. Ello genera una fuerte segmentación en el concepto de ciudadanía y el fundamento que está siendo utilizado para categorizar administrativamente a las personas en función de las necesidades del mercado de trabajo es el de la seguridad y el control de las fronteras.

En el capítulo quinto, la autora realiza una aportación novedosa y de singular interés al estudiar el Derecho de nacionalidad en Letonia, su país de origen y cuyo ordenamiento jurídico conoce a la perfección por lo que realiza una aproximación con crítico pragmatismo. El último capítulo está dedicado a las conclusiones, que va desgranando a lo largo de treinta y cuatro páginas, lo que facilita al lector una visión muy precisa de lo analizado a lo largo de toda la obra. No puede dejar de felicitarse a la autora tampoco por el índice sistemático del final de la obra, que resulta de suma utilidad para la búsqueda rápida y eficaz tanto de conceptos, como de sentencias, normativa... etc.

Sirvan estas consideraciones para subrayar la importancia del tema analizado, una importancia que no puede pasar inadvertida y que la autora ha sabido reconocer y desarrollar con solidez y rigor, lo que supone estímulo suficiente para animar al lector interesado. La autora no se limita a una mera exposición de regímenes jurídicos ni a un análisis superficial de la evolución normativa. La obra está plagada de opiniones personales y de análisis jurisprudencial, lo que la enriquece enormemente.

*Mercedes Soto Moya*  
Profesora Contratada Doctora,  
Universidad de Granada

MARINAI, L., *La funzione giurisdizionale nelle organizzazione di integrazione regionale*, Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa, G. Giappichelli editore, Torino, 2012, 249 pp.

El desarrollo en los últimos años de los procesos de integración regional, no ha sido ajeno a la comunidad iusinternaciona- lista. No solamente el impresionante pro- ceso de integración europeo, sino funda- mentalmente las manifestaciones en esta misma línea en el continente americano, han demostrado la voluntad de los Estados de crear estructuras de cooperación, sea de naturaleza intergubernamental o bien supranacional, que permita crear una cul- tura jurídica común. Y en esta perspecti- va, la labor de los diferentes órganos ju- risdictionales regionales se antoja funda- mental para el desarrollo y consolidación de los procesos de integración.

La obra aquí recensionada, de S. Mari- nai, de la Universidad de Pisa (Italia), debe ser acogida con los mayores halagos por parte de la Academia, no solamente por la novedad de su estudio en su objeto, esto es la búsqueda —si bien sin éxito como señala el autor— de un modelo común de jurisdiccional regional, sino igualmente por el magnífico análisis que se elabora sobre los diversos órganos jurisdictionales regio- nales en Europa y América, apoyándose, en numerosas ocasiones, en su jurisprudencia que, a todas luces, enriquecen la lec- tura.

La obra está estructura en una Introduc- ción y seis Capítulos que pudieran dividir- se, estos últimos, en dos bloques claramen- te diferenciados. Los cuatro primeros Ca- pítulos donde el autor elabora un análisis formal de los órganos jurisdictionales re- gionales existentes en Europa y América; y los Capítulos cinco y seis, del mayor interés, donde se procede, en palabras del autor, a una lectura transversal de todos ellos (p. 177).

En el Capítulo introductivo, el autor se pregunta si existe un modelo «típico» de organismo jurisdiccional regional, a partir del estudio de los distintos órganos judicia- les en Europa y América, y atendiendo a sus competencias, mecanismos, alcance de su jurisdicción y relaciones con los jueces nacionales, entre otras cuestiones.

En el Capítulo primero, el autor aclara la existencia de dos tipos de organismos re- gionales, los intergubernamentales, entre los que encontramos el BENELUX, la EFTA, el Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad del Caribe y MERCOSUR; y aquellos supranacionales, que serían la Unión Europea y la Comunidad Andina. Esta dife- rencia marcará, además, la propia heteroge- neidad de todos ellos y, por ende, de sus órganos de solución de controversias. El primer Capítulo se completa con el Capítulo segundo, en donde se señala los elementos que serán analizados en los distintos órga- nos jurisdictionales regionales, como son sus características estructurales, la existencia o no de instrumentos para controlar los incum- plimientos por parte de las instituciones de la Organización regional y de los Estados miembros, los sujetos legitimados, la coope- ración con los jueces nacionales y la elabo- ración de principios jurisprudenciales que hayan podido reforzar el proceso de integra- ción regional.

En los Capítulos tercero y cuarto, y tomando como parámetros lo señalado en el Capítulo segundo, se analizan las expe- riencias tanto europeas como americanas, procediéndose al estudio de los Tribunales de Justicia de la UE, BENELUX y EFTA, por una parte, y el Tribunal Andino, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte Caribeña de Justicia y el Mecanismo de

Solución de Controversias de MERCOSUR, por otra parte.

Y es en los Capítulos quinto y sexto donde, a partir de un análisis transversal de estos órganos jurisdiccionales, el autor pone de relieve la clara heterogeneidad existente y la imposibilidad de establecer un modelo «típico» para todos ellos, incluso en un futuro cercano (p. 206). Así, S. Marinai deja patente que si bien pudiera tomarse como modelo a seguir al TJUE, no todos los órganos jurisdiccionales regionales se han basado en el Tribunal de Luxemburgo, fundamentalmente por la naturaleza propia de la organización regional a la cual pertenecen y de la posición o más bien del peso de los Estados miembros a la hora de dotar de poderes a los órganos jurisdiccionales. Igualmente es significativa las relaciones entre estos órganos y los jueces nacionales de los Estados miembros, los cuales parten, en todas las organizaciones regionales analizadas, de la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial pero con características y alcance no uniforme en cada caso. En este contexto, el autor destaca la necesidad de que las instituciones regionales logren sensibili-

zar a la opinión pública nacional y a los operadores jurídicos a fin de aplicar el Derecho de la organización (p. 233). Finalmente, S. Marinai deja claro que la función jurisdiccional regional debe ser ejercida de modo ponderado, evitando una acción invasiva de las prerrogativas estatales, pero atendiendo al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales. Sólo de este modo, será posible contribuir al reforzamiento del proceso de integración regional por parte de los órganos jurisdiccionales (p. 246).

En definitiva, nos encontramos ante una obra que aporta una visión completa, formal y transversal, de la jurisdicción regional de los procesos de integración, y que, sin duda, merece ser tenida en cuenta para todos aquellos que desean acercarse y profundizar en el fenómeno de la integración regional. Además de que aporta un análisis comparativo, con gran riqueza de referencias jurisprudenciales, que permiten atestiguar la calidad de la obra.

*Miguel A. Acosta*  
Profesor Contratado Doctor,  
Universidad de Cádiz

TIZZANO, A. (dir.), *Trattati dell'Unione europea. Le fonti del diritto italiano*, Giuffrè editore, Milán, II ed., 2014, XXXIV-2674 pp.

La segunda edición del comentario a los Tratados de la Unión Europea, dirigido por el prof. Antonio Tizzano, se publica exactamente diez años después de la primera, que a lo largo de este periodo ha constituido una obra de referencia constante e imprescindible para los estudiosos y los profesionales del Derecho de la Unión Europea.

Las profundas modificaciones de la propia estructura de la UE y la casi completa reformulación de todo el derecho origina-

rio subsiguiente a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hacían improrrogable esta nueva edición del comentario.

Éste se presenta como una obra completa, rigurosa y exhaustiva, en cuya realización han colaborado ciento dos especialistas de Derecho de la UE pertenecientes al mundo académico e institucional, bajo la coordinación de Piero De Luca y Massimiliano Puglia, letrados del TJUE.

El gran número de colaboradores y, sobre todo, sus respectivas competencias

profesionales han tenido la indudable ventaja de poder examinar de manera detallada y analítica cada una de las disposiciones de los Tratados —TUE y TFUE (en la versión consolidada tras el Tratado de Lisboa)— y el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales, que, como es sabido, ha adquirido «el mismo valor» que aquellos. No obstante el gran número de autores, el riesgo de una eventual falta de homogeneidad ha sido superado gracias a la maestría del director de la obra, quien le ha conferido una estructura sólida y armónica.

El comentario se compone de una útil guía para su consulta, que incluye las abreviaturas de los principales comentarios y manuales citados, y de una «cronología esencial» actualizada hasta la adhesión de la Croacia. Siguen el Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE, comentados artículo por artículo y anotados con las pertinentes referencias jurisprudenciales. Cada comentario se abre con una esencial indicación de la doctrina que se ha ocupado de las disposiciones examinadas y de un sumario.

Las modificaciones tanto de la sistemática de los Tratados como de la numeración de las disposiciones requería, evidentemente, una completa reformulación de los comentarios, incluso en relación con aquellas disposiciones que mantienen el mismo contenido, pero que hacía falta actualizar. El comentario se abre con un análisis del actual Preámbulo del TUE, que permanece casi inalterado respecto a la versión anterior. En efecto, puesto que el Tratado de Lisboa —a diferencia del Tratado Constitucional de 2004— utiliza la «tradicional técnica» de las enmiendas, ello implica que el tratado de base continúa siendo el Tratado firmado en Maastricht en 1992. En el comentario se pone de manifiesto que en la versión actual del Preámbulo se ha man-

tenido una «anacrónica» mención a los doce Estados Miembros sin proceder a su actualización a los 27 Miembros de 2007.

Sin duda la transformación más evidente subsiguiente al Tratado de Lisboa es la «formal» desaparición de la estructura en pilares y la creación de una única organización internacional que sucede al anterior sistema fundado en el binomio Unión/Comunidad. Por ello el actual artículo 47 TUE dispone que la Unión tiene personalidad jurídica. El Tratado de Lisboa introduce este elemento que, como se pone de manifiesto, no es autosuficiente para atribuir la subjetividad internacional, puesto que es preciso valorar el elemento de la efectividad a la luz del derecho internacional. Esta disposición, sin embargo, pone fin al intenso debate doctrinal sobre la personalidad de la Unión y sobre la controvertida cuestión de la relación entre personalidad de la Unión y de la Comunidad. En el comentario al artículo 47 se subrayan todo los elementos que demuestran la efectiva existencia de la personalidad jurídica internacional de la UE que substituye y sucede a la Comunidad. Entre estos elementos destaca la representación exterior de la UE que tras el Tratado de Lisboa se confía al Alto representante (art. 27, párrafo 2) y al Presidente del Consejo Europeo (art. 15, párrafo 2) en relación con al Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y a la Comisión (art. 17, párrafo 1) exceptuados los otros casos previstos por el Tratado. La complejidad de la representación exterior se subraya, por tanto, en las diferentes partes del comentario que logra mantener una oportuna coherencia, subrayando las diferentes funciones entre estos actores, que sin embargo en determinadas ocasiones no pueden no solaparse. A pesar de la formal eliminación de los pilares, la autonomía de la PESC queda clara y por ello resultaba imprescindible mante-

ner la competencia jurisdiccional del TJUE orientada a asegurar el respeto de la llamada «clausula de subordinación» ya prevista en el antiguo art. 47 TUE y ahora objeto de una nueva formulación que incluye unas oportunas modificaciones sistemáticas, como bien se subraya en el comentario al actual art. 40 TUE.

Importantes innovaciones se establecen también en el TFUE y constituyen objeto de numerosos comentarios. Sería imposible recordarlas todas pero a nivel simbólico parece oportuno recordar una novedad significativa porque «completa» la participación democrática directa de los ciudadanos de la Unión que ya se reconocía a través del sufragio universal a las elecciones del Parlamento europeo. Como se señala la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 24 TFUE «constituye el complemento de los valores democráticos» que están en la base de la Unión.

También, la Carta de Derechos Funda-

mentales, en su conjunto, es objeto de una explicación que empieza con una sintética descripción de su génesis y un interesante análisis de su relevante función interpretativa en la reafirmación de los derechos fundamentales. Siguen los comentarios analíticos de los siete títulos de la Carta y del Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia y Reino Unido.

A todo ello se añaden: el listado de los Protocolos, Anexos y Declaraciones y una tabla de correspondencia entre los artículos actuales y las disposiciones anteriores al Tratado de Lisboa.

Cierran el comentario unos utilísimos índice analítico e índice sumario, para una más ágil y apropiada consulta de esta interesante obra, que, como ya se ha señalado, constituye instrumento imprescindible para cualquier estudioso del Derecho de la Unión.

Valeria Di Comite  
Universidad Aldo Moro de Bari

VILLANI, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2013, III ed., XIII-468 pp.

Entre los numerosos manuales —italianos y extranjeros— de Derecho de la Unión Europea, el de Ugo Villani se distingue tanto por su constante puesta al día (tras una tercera edición renovada y puesta al día de 2013, ya está prevista la nueva), como por su método expositivo y didáctico. Método claro y directo, puesto que a la explicación sigue el ejemplo y a la reflexión la acompañan puntuales referencias jurisprudenciales. La jurisprudencia en particular tiene una fundamental importancia en el estudio del Derecho de la Unión; por ello, se destacan con claridad (también gráficamente) los puntos más relevantes de las muchas sentencias que el autor ha exa-

minado, confirmando así la necesidad de conocer la jurisprudencia si se quiere conocer de verdad el Derecho de la Unión y su construcción en el tiempo —a estos efectos, sería extraordinariamente útil para el lector y el estudioso que la próxima edición incorporase un índice de sentencias citadas.

El manual, estructurado en nueve capítulos, tiene como objeto la llamada parte institucional del Derecho de la UE. Algunas páginas preliminares están dedicadas a la «historia» de la Comunidad y de la Unión Europea, en concreto, a la evolución, los orígenes y los caracteres de la integración europea.

Se abarcan, entonces, los objetivos, los valores fundacionales y los principios de la Unión; y a continuación, la tutela de los derechos fundamentales y los problemas planteados por el procedimiento de revisión de los Tratados. Adhesión y retirada de la Unión se examinan; la primera, haciendo referencia a la evolución histórica; y, la segunda, subrayando los perfiles problemáticos que suscita, que no sólo son de naturaleza jurídica, sino también política.

Se dedica especial atención a algunos principios de particular relevancia en el sistema de la Unión: el principio de atribución, fundamental para comprender cuáles son las competencias de la Unión y cuáles las competencias de los Estados; el principio de subsidiariedad; el de proporcionalidad; y el principio de cooperación leal, conectado con otros dos temas: la cooperación reforzada y la integración diferenciada o flexible. Estas cuestiones presentan también perfiles no estrictamente jurídicos, sino políticos, pues dependen de una evolución en las relaciones entre Estados Miembros que no es fácil de prever, sobre todo cuando la situación económica general condiciona la economía nacional de cada Estado miembro y la propiamente europea (además de la internacional).

El manual presta una atención específica a la ciudadanía europea, a la que dedica todo un capítulo. Se trata de una institución ampliamente estudiada, tanto en el Derecho de la UE como en el Derecho público nacional, en consonancia con el gran interés que despierta en los sujetos afectados en razón de las expectativas generadas, por las normas y por la jurisprudencia del TJUE, en los ciudadanos de los Estados Miembros, y también en los de los Estados terceros que gozan (o, al menos, aspiran a gozar) de algunos de los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión.

A continuación, el Autor examina algunos de los temas fundamentales del dere-

cho institucional: a) las instituciones y los órganos; b) los procedimientos interinstitucionales de formación de normas; c) las fuentes del ordenamiento; d) las competencias y el sistema jurisdiccional.

Cuatro grandes temas con sus respectivos capítulos, sin cuyo conocimiento es imposible enfrentarse a cualquier investigación o estudio serios, no sólo en el ámbito del derecho institucional, sino también en el derecho sustancial o material. Las políticas de la Unión —objeto, generalmente, de un examen «especial» con respecto al «general», dedicado a las instituciones— pertenecen a un sistema que presupone el conocimiento del derecho institucional: cómo se forman las normas, cómo actúan las instituciones en virtud de las competencias atribuidas, cómo el TJUE garantiza la tutela jurisdiccional, derecho fundamental de los particulares.

La parte final del manual se refiere a las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el italiano. Para ello, se opta por una reconstrucción histórica, que incluye la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* italiana, hasta la modificación más reciente introducida por la ley de 24 de diciembre 2012, n.º 234. De ésta se señalan sus novedades, en especial, la previsión de una ley de delegación europea (*legge di delegazione europea*) y de una ley europea (*legge europea*), orientadas a asegurar la adaptación del derecho nacional al Derecho de la Unión, incluida la recepción por parte de las regiones.

El manual del profesor Villani es un manual moderno, científicamente riguroso e indispensable para quien estudia el Derecho de la UE; pero también, como subraya el propio Autor en el prólogo a la primera edición, para quien lo practica en su «*realtà vivente*».

Bruno Nascimbene  
Università degli Studi di Milano



## SUMARIO DEL AÑO 18 - 2014

Páginas

### NOTA EDITORIAL

- JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH* ..... 379-399

### ESTUDIOS

- YAELE CACHO SÁNCHEZ: *Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España* ..... 491-525  
 Basis for the criticism to the European Court of Human Rights in the case Del Río Prada v. Spain — ABSTRACT / RÉSUMÉ ..... 524-525
- SERGIO CARRERA NÚÑEZ y GUAYASÉN MARRERO GONZÁLEZ: *La ciudadanía Europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?* ..... 847-885  
 The price of EU citizenship. The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the Union? — ABSTRACT / RÉSUMÉ ..... 883-885
- VALERIA DI COMITE: *El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano* ..... 49-88  
 The principle of member states' liability for infringement of EU law by national courts' rulings and the problems arising from its application in the Italian legal system — ABSTRACT / RÉSUMÉ ..... 87-88
- M.<sup>a</sup> LUISA ESCALADA LÓPEZ: *Los instrumentos de cooperación judicial europea: hacia una futura fiscalía europea* ..... 89-127  
 The instruments of the European judicial cooperation: Towards a future European public prosecutor's office — ABSTRACT / RÉSUMÉ ..... 126-127
- MAR JIMENO BULNES: *La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?* ..... 443-489

	<u>Páginas</u>
Directive 2013/48/UE of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the rights of access to a lawyer and to communicate in criminal proceedings: reality at last? — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	488-489
ISABEL LIROLA DELGADO: <i>Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis. ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre los Estados miembros?</i> .....	733-766
Right of residence of the Union's citizens and access to social benefits in times of crisis: Towards a casuistic and ambiguous approach of the solidarity between Members States? — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	765-766
MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ: <i>Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE</i> .....	767-804
Limits to the free movement of persons in the EU for reasons of public policy, security or public health in times of crisis: A reevaluation in the light of the case law of the European Court of Justice — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	803-804
ANDREU OLESTI RAYO: <i>La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito</i> .....	403-442
Financial stability in the European Union and the prudential supervision of credit institutions — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	440-442
BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS: <i>Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible</i> .....	13-47
Energy security policies in the European Union and the United States: Global challenges and collective commitments in the transition to a more sustainable energy model — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	46-47
MARGARITA ROBLES CARRILLO: <i>El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea</i> .....	805-846
The concept of harassment in the law of the European Union — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	845-846

## NOTAS

JOSÉ LUIS DE CASTRO RUANO: <i>El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario: hacia una redefinición de su papel político e institucional en busca de su lugar en el mundo comunitario</i> .....	917-941
--	---------

	<i>Páginas</i>
20 years of the Committee of the Regions: Towards a redefinition of its political and institutional role within the European Union — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	940-941
ABEL ESTOA PÉREZ: <i>Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión</i> .....	551-575
State aid to air sector and new guidelines of the Commission — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	574-575
GLORIA FERNÁNDEZ ARRIBAS Y MONTSERRAT HERMOSÍN ÁLVAREZ: <i>Los obstáculos de la regulación española sobre el impuesto de sucesiones y donaciones al ejercicio de las libertades fundamentales de la Unión Europea</i> .....	973-995
The obstacles Spanish regulation on inheritance and gift tax creates for the exercising of the EU fundamental freedoms — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	994-995
PAULA GARCÍA ANDRADE: <i>La ciudadanía europea y la sucesión de Estados: a vueltas con las implicaciones de una separación territorial en el seno de la UE</i> .....	997-1025
European citizenship and state succession: struggling with the effects of a territorial separation within the EU — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	1024-1025
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO: <i>Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional</i> .....	157-179
Part-time work, retirement benefit and sex discrimination: Review of Spanish regulation in the light of the European Union law and Spanish constitutional court and ECJ case law — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	178-179
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL: <i>EL TJUE como garante de los derechos en la UE tras la sentencia Digital Rights Ireland</i> .....	943-971
The CJEU as guardian of fundamental rights within the EU (Digital Rights Ireland) — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	969-971
ORLANDO MEJÍA HERRERA: <i>El Acuerdo de Asociación Unión Europea – Centroamérica: contenido, significado y valoración general</i> .....	181-204
Partnership Agreement European Union – Central America: Content, general meaning and evaluation — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	203-204
GABRIELA A. OANTA: <i>Profundizando en la ampliación de la Unión Europea hacia los Balcanes occidentales: la adhesión de Croacia</i> .....	205-232
Deeping in the European Union's enlargement towards the Western Balkans: Croatia's accession — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	231-232

	<u>Páginas</u>
JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ: <i>La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa</i> .....	577-599
Diplomatic and consular protection of European Union citizens after the Lisbon treaty — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	598-599
XAVIER PONS RAFOLS: <i>El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del Derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del Derecho de la Unión Europea</i> .....	131-156
The ECJ and the supplementary character of the State law as a guarantee to the regional enforcement of the EU law — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	155-156
CARMEN QUESADA ALCALÁ: <i>Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una «satisfacción equitativa» por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)</i> .....	889-915
Victims find their place at the European Court of Human Rights: «just satisfaction» for their rights' violation in inter-states cases (Cyprus against Turkey) — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	914-915
JORGE ANTONIO QUINDIMIL: <i>La plataforma continental como ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia</i> .....	529-549
Continental shelf as scope of applicability of the EU law in the light of the jurisprudence of the EU Court of Justice — ABSTRACT / RÉSUMÉ ....	548-549
ANTONIO SÁNCHEZ ORTEGA: <i>La estrategia de seguridad energética de la Unión Europea. Algunas consideraciones derivadas de las sanciones a Irán</i> .....	233-264
The energy security strategy of the European Union. Some considerations arising from sanctions against Iran — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	263-264

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ: <i>Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni</i> .....	603-622
Judgment 26/2014, of 13 February 2014, amparo appeal 6922-2008, brought by Mr. Stefano Melloni — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	621-622

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MIGUEL A. ACOSTA SÁNCHEZ E INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA: <i>TJUE – Sentencia de 05.09.2012, Parlamento c. Consejo – C-355/10, &lt;&lt;Código de fronteras Schengen - Decisión 2010/252/UE - Vigilan-</i>	
--	--

<i>cia de las fronteras marítimas exteriores - Normas adicionales sobre la vigilancia de fronteras - Competencias de ejecución de la Comisión - Alcance&gt;&gt;. Vigilancia de fronteras marítimas y elementos esenciales en los actos de ejecución .....</i>	267-284
ECJ – Judgment of 05.09.2012, Parliament vs Council – C-355/10, <<Schengen Borders Code - Decision 2010/252/EU - Surveillance of the sea external borders - Additional rules governing border surveillance - Commission’s implementing powers – Scope>>. Surveillance of the sea borders and essential elements in implementing acts .....	283-284
FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE y PETRA NEMECKOVA: <i>Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Septiembre-Diciembre 2013 / Case Law of the European Court of Justice, September-December 2013 .....</i>	301-348
FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE y PETRA NEMECKOVA: <i>Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Enero – Abril 2014 / Case Law of the European Court of Justice, January – April 2014.....</i>	655-695
FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE y PETRA NEMECKOVA: <i>Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Mayo – Agosto 2014 / Case Law of the European Court of Justice, May – August 2014.....</i>	1065-1106
JULIA MAGAZ URQUIDI: <i>TJUE – Sentencia de 10.12.2013, Shamsu Abdullahi y Bundesaylamt, Asunto C-394/12, « Reglamento (CE) nº 343/2003 («Dublín II») – Criterios de determinación del Estado miembro responsable del tratamiento de una demanda de asilo - Artículo 19, apartado 2 – Derecho de recurso contra la decisión de un Estado miembro de no examinar una solicitud de asilo y de trasladar al solicitante al Estado miembro responsable&gt;&gt; ..</i>	639-654
CJUE – Judgment of 10.12.2013 – <i>Shamsu Abdullahi and Bundesaylamt</i> , Case C-394/12. «Regulation (EC) nº 343/2003 («Dublin II») – Criteria to determine the responsible member state of the examination of a petition of asylum – Article 19, section 2 – Right of petition against the decision of a member state not to examine a petition of asylum and to transfer the candidate» — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	653-654
CLAUDIO MATERA: <i>CJEU - Judgment of 23.9.2013 (Grand Chamber) – Case C-221/11 Leyla Demirkan v Bundesrepublik Deutschland – «Association Agreement with Turkey – Article 41 of the Additional Protocol - Freedom to provide services – Visa requirement». Turkey Association Agreement does not cover passive recipients of services and Turkish nationals wishing to entry in the Schengen area cannot benefit from this freedom .....</i>	285-299

- TJUE - Sentencia del TJUE de 23.9.2013 (Gran Sala) - Asunto C-221/11 Leyla Demirkan / Bundesrepublik Deutschland – «Acuerdo de Asociación con Turquía – Artículo 41 del Protocolo Adicional – Libre prestación de servicios – Requisito de visado». El Acuerdo de Asociación con Turquía no abarca a los receptores pasivos de servicios por lo que los nacionales turcos que deseen entrar en el espacio Schengen no pueden beneficiarse de esta libertad ..... 297-299
- CLAUDIO MATERA y RAMSES A. WESSEL: *CJEU – Judgment of 24.06.2014 (Grand Chamber) – Case C-658/11 European Parliament v Council – «External relations of the EU – Annulment of the decision on the conclusion of the EU – Mauritius Agreement – Choice of the proper legal basis». Context or Content? A CFSP or AFSJ Legal Basis for EU International Agreements .....* 1047-1064
- TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 24.6.2014 (Gran Sala), Parlamento/Consejo, C-658/11 – «Relaciones exteriores de la UE – Anulación de la decisión relativa a la conclusión del acuerdo entre la UE y Mauricio – Elección de la base jurídica adecuada». ¿Contexto o contenido? Una base jurídica de la PESC o del ELSJ para los acuerdos internacionales de la UE — RESUMEN / RÉSUMÉ ..... 1062-1064
- LUCÍA MILLÁN MORO: *TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) - Association de médiation sociale, asunto C-176/12, «Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional». Eficacia directa versus primacía .....* 1029-1045
- CJUE – judgment of 15.1.2014 (Grand Chamber), Association de médiation sociale, Case C-176/12 – «Social policy – Directive 2002/14/EC – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Article 27 – Subjecting the setting up of bodies representing staff to certain thresholds of employees – Calculation of the thresholds – National legislation contrary to European Union law – Role of the national court». Direct effect versus primacy — ABSTRACT / RÉSUMÉ ..... 1044-1045
- ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *TJUE – sentencia de 13.02.2014, Svensson y otros, C-466/12– «Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines – Artículo 3, apartado 1 –*

<i>Comunicación al público – Concepto – Enlaces de Internet («enlaces sobre los que se puede pulsar») que dan acceso a obras protegidas»</i> .....	623-638
CJUE – Judgment of 13.02.2014, Svensson and Others, Case C-466/12 – «Reference for a preliminary ruling – Approximation of laws – Copyright and related rights – Directive 2001/29/EC – Information society – Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights – Article 3(1) – Communication to the public – Meaning – Internet links (‘clickable links’) giving access to protected works» — ABSTRACT / RÉSUMÉ .....	637-638

## BIBLIOGRAFÍA

— Lista de libros recibidos .....	351
— Lista de libros recibidos .....	699
— Lista de libros recibidos .....	1107
— Diálogos con autores:	
ARZOZ SANTISTEBAN, X. (dir.), <i>Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico</i> , Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2013, 584 pp., por José Antonio Montilla Martos .....	1108-1120
— Recensiones:	
AA.VV., <i>El Derecho de la Unión Europea visto por el Abogado General. Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a través de sus conclusiones</i> , Iustel, Madrid, 2013, 616 pp., por Carmen Martínez Capdevila .....	1121-1122
ALONSO GARCÍA, R.: <i>El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales</i> , por Javier Díez-Hochleitner .....	700-702
BARBÉ, E. (dir.), <i>La Unión Europea en las Relaciones Internacionales</i> , Tecnos, Madrid, 2014, 433 pp., por Luis N. González Alonso .....	1122-1124
BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), <i>Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea</i> , por Marta Sobrido Prieto .....	352-356
BENEYTO PÉREZ, J. M. (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.): <i>Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo VI. Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria</i> , por Beatriz Pérez de las Heras .....	703-706
BLANC ALTE MIR, A. (Director), <i>Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea. Seguridad, cooperación y derechos humanos</i> , por Enrique Martínez Pérez .....	356-358
DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., BLÁZQUEZ NAVARRO, I., FRUTOS MIRANDA, J., (Coord.), <i>Últimas tendencias en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)</i> , por Gloria Fernández Arribas .....	358-360

	<u>Páginas</u>
GOVAERE, I.; LANNON, E.; VAN ELSUWEGE, P.; ADAM, S. (Eds.): <i>The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau</i> , por Rafael Marín Aís .....	706-709
JIMENO BULNES, M., (coord.), <i>Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal</i> , Granada, Comares, 2014, 253 pp., por Isabel Lirola Delgado .....	1124-1127
KRUMA, K., <i>EU Citizenship, Nationality and Migrant Status. An Ongoing Challenge</i> , Brill/Nijhoff, Leiden, 2013, 498 pp., por Mercedes Soto Moya .....	1127-1128
MARÍN AÍS, J. R.: <i>La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos</i> , por Jaime Ferrer Lloret .....	709-711
MARINAI, L., <i>La funzione giurisdizionale nelle organizzazione di integrazione regionale</i> , Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa, G. Giappichelli editore, Torino, 2012, 249 pp., por Miguel A. Acosta .....	1129-1130
TEASURO, G., <i>Diritto dell'Unione europea</i> , por Valeria Di Comite ..	364-366
TIZZANO, A. (dir.), <i>Trattati dell'Unione europea. Le fonti del diritto italiano</i> , Giuffrè editore, Milán, II ed., 2014, XXXIV-2674 pp., por Valeria Di Comite .....	1130-1132
VAN MIDDELAAR, L., <i>El paso hacia Europa</i> , por Luis Bouza García ...	360-363
VILLANI, U., <i>Istituzioni di diritto dell'Unione europea</i> , Cacucci, Bari, 2013, III ed., XIII-468 pp., por Bruno Nascimbene .....	1132-1133

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**Política editorial.**—La *Revista de Derecho Comunitario Europeo* publica desde 1974 trabajos originales de investigación sobre Derecho Europeo.

Todos los Estudios y Notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Los autores asumen el compromiso de no haber publicado el mismo trabajo, y de no someterlo a consideración para publicación en otros medios durante el proceso de revisión.

Si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá pedir permiso por escrito al Director Ejecutivo de la Revista y hará constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, indicando el número, año y páginas.

Los originales se enviarán en lengua castellana, escritos en formato «.doc» o «.docx». Se harán llegar preferentemente por correo electrónico a la dirección [public@cepc.es](mailto:public@cepc.es); de no ser posible su envío por correo electrónico, se podrán enviar en papel (una copia), con un archivo en CD, a nombre del Director Ejecutivo de la Revista, a la dirección: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Plaza de la Marina Española 9, 28071 MADRID. Excepcionalmente podrá tomarse en consideración la publicación de originales enviados en lengua inglesa por autores no hispanohablantes. Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

**Modalidades de publicación: estudios, notas y comentarios de jurisprudencia.**—Los originales habrán de presentarse en Times New Roman tamaño 12, a doble espacio, y con las notas a pie de página en Times New Roman tamaño 10. En cuanto a su extensión (incluyendo notas a pie de página, pero no los resúmenes y palabras clave en castellano, francés e inglés), se ajustará a los siguientes límites: los ESTUDIOS no sobrepasarán las 40 páginas (aproximadamente 16.000 palabras); las NOTAS, las 25 páginas (unas 10.000 palabras); y los COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA, las 15 páginas (aproximadamente 6.000 palabras, en su caso refiriendo las citas literales de las resoluciones judiciales en las notas a pie de página).

**Proceso de Publicación.**—El Comité de Redacción revisará, en primer lugar, la calidad de los trabajos (Estudios y Notas). Si los considera adecuados, decidirá su publicación sobre la base de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los trabajos. El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, y sujeta a modificaciones conforme a la Guía de Estilo disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/agenda/gu%C3%ADa-de-estilo.pdf?sfvrsn=0>. La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión, o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

**Libros y Recensiones.**—Los libros enviados a la RDCE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La Dirección de la RDCE encargará en determinados casos una Reseña, Recensión o Comentario. Sólo se publicarán las Recensiones encargadas por la RDCE.

**Copyright.**—Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Comité de Redacción.

**Advertencia.**—Cualquier incumplimiento de las presentes Normas, así como de la Guía de Estilo, constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

**Datos de autores.**—Nombre, dirección postal y correo electrónico del autor/autores.

Ayudas o proyectos vinculados a la realización del trabajo.

Posición o filiación académica del autor.

## AUTHOR'S GUIDELINES

**Editorial Policy.**—The *Revista de Derecho Comunitario Europeo* has published original research on European law since 1974.

Studies and notes submitted for publication should be unpublished: papers published in other journals, books or papers in conference proceedings will not be accepted for publication. Contributors are committed to not having already published the same article, and not to submit it for consideration for publication elsewhere during the review process.

In case an author wishes to publish a paper previously published in the *Revista de Derecho Comunitario Europeo* in another Spanish or foreign journal, or in a collective volume, permission must be obtained in writing from the Executive Director of the Journal and shall state in a footnote that the paper was previously published in the *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, indicating number, year and pages.

Manuscripts should be sent in Spanish, written in format «.doc» or «.docx». They will preferably be submitted by email to the address public@cepc.es. In case this is not possible, a printed copy may be sent, together with a file on CD, to the Executive Director of the *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, to the address: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Plaza de la Marina Española 9, 28071 Madrid (Spain). Exceptionally, manuscripts in English submitted by non-Spanish-speaking authors will be considered for publication. Receipt of manuscripts will be acknowledged within thirty days after submission.

**Modalities of publication: studies, notes and case comments.**—The originals must be presented in Times New Roman 12, double-spaced, and the footnotes at the bottom of the page in Times New Roman 10. The length (but not the abstracts and keywords in Spanish, English and French) should meet the following limits: STUDIES should not exceed 40 pages (aprox. 16.000 words), NOTES will not exceed 25 pages (aprox. 10.000 words) and CASE COMMENTS should not exceed 15 pages (aprox. 6.000 words). Literal quotations of judgments should be placed in the footnotes.

**Publication process.**—The Editorial Committee will review the quality of works (Studies and Notes). If appropriate, the Editorial Committee can decide to publish the work on the basis of two evaluation reports issued by two experts from outside the Editorial Board of the journal, through the double blind peer review method. The evaluations will take into ac-

count the creativity, rigor and methodology of the submitted papers, and their proposals and contributions. The internal evaluation process will ensure anonymity. Publication may be conditional upon the introduction of modifications to the original version, and subject to changes to ensure consistency with the Style Guide available at <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/agenda/gu%C3%ADa-de-estilo.pdf?sfvrsn=0>. The communication of the decision on the publication and the publication prior review will be justified and will not exceed six months. Authors of papers accepted for publication will be responsible for checking and correcting the proofs within a deadline of 48 hours. The modifications introduced in the proofs will be limited to the correction of errors and substantial alterations in the proofs will not be allowed.

**Books and book reviews.**—The books sent to the RDCE will be included and published in the list of received books. The direction of the RDCE will solicit review essays, short reviews or notes. Only reviews requested by the RDCE will be published.

**Copyright.**—As a condition for publication, the author/authors transfer copyrights in exclusivity to the RDCE. The decision about the requests by third parties to translate or reproduce articles or parts thereof will be decided the Editorial Board.

**Warning.**—Any breach of these Rules (or non-compliance with the Style Guide) shall constitute a ground for rejection of the manuscript submitted.

**Author details.**—Name, mail, e-mail address and position of the author / authors.

Grants or projects linked to the drafting of the paper.

**ANUNCIOS**



# Revista Española de Derecho Constitucional

Director: FRANCISCO RUBIO LLORENTE

Secretario: JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

Sumario del núm. 102 (Septiembre-Diciembre 2014)

## ESTUDIOS

ANTONIO TORRES DEL MORAL: *En torno a la abdicación de la Corona.*

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: *El derecho subjetivo a la vivienda.*

ALFONSO RUIZ MIGUEL Y LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA: *Estado y religión: Una justificación liberal de la laicidad neutral.*

ISIDRO FERNÁNDEZ GARCÍA: *La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes.*

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA: *La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿Un concepto útil?.*

## NOTAS

DAVID GIMÉNEZ GLUCK: *El derecho de asociación de los partidos políticos y la regulación legal de las elecciones primarias.*

## JURISPRUDENCIA

*Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2014 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).*

*Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2014.*

## ESTUDIOS CRÍTICOS

LUIS ARROYO JIMÉNEZ: *La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial afectiva. Una propuesta de sistematización.*

EVA DESDENTADO DAROCA Y HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ: *El problema de la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial.*

MIGUEL CASINO RUBIO: *La responsabilidad civil como forma inesperada de tutela de los derechos fundamentales (más ruido sobre el ruido y su control constitucional (STC 37/2011)).*

ANA REDONDO: *Una oportunidad perdida. Comentario a la STC 136/2011, de 13 de septiembre.*

## CRÍTICA DE LIBROS

FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *Pierre Rosanvallon: la société des égaux.*

EVA SÁENZ ROYO: *Estado autonómico y reforma federal.*

## PRECIOS AÑO 2014 / SIN IVA

SUSCRIPCIONES		NÚMERO SUELTO	
EN PAPEL	ELECTRÓNICAS	EN PAPEL	ELECTRÓNICO
49 €	20 €	18 €	10 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)

Tel. (34) 91 422 89 72 y 91 422 89 73, Fax: (34) 91 422 89 70

E-mail: [suscripciones@cepc.es](mailto:suscripciones@cepc.es)

Contabilidad y Pagos: Tel. (34) 91 422 89 40 y 91 422 89 44. [www.cepc.es](http://www.cepc.es)

# Revista de Estudios Políticos

(NUEVA ÉPOCA)

Director: PEDRO DE VEGA GARCÍA  
Secretario: JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

## Sumario del Número Especial 166

HOMENAJE A JUAN J. LINZ (1926-2013)

### PRESENTACIÓN

JOSÉ RAMÓN MONTERO (EDICIÓN): *Juan J. Linz (1926-2013): un homenaje caleidoscópico.*

### ARTÍCULOS

JUAN J. LINZ Y THOMAS JEFFREY MILEY: *Algunas reflexiones precautorias y no ortodoxas sobre la democracia hoy.*

### COLABORACIONES

BENIGNO PENDÁS: *Juan Linz: una confianza audaz en las ciencias sociales.*  
JOSÉ RAMÓN MONTERO: *Juan Linz: los trabajos y los días de un maestro irreplicable.*  
JOSÉ ÁLVAREZ JUNCO: *Juan Linz y nosotros.*  
MIGUEL BELTRÁN: *Juan J. Linz, Catedrático de la UAM.*  
RAMIRO CIBRIÁN: *Mis recuerdos de Juan Linz.*  
XAVIER COLLER: *Elogio del gris.*  
AMANDO DE MIGUEL: *El conocimiento es recuerdo: mi homenaje a Juan J. Linz.*  
JESÚS DE MIGUEL: *Los estudiantes de Juan J. Linz.*  
ROBERT M. FISHMAN: *El legado intelectual de Juan Linz.*  
JUAN FRANCISCO FUENTES: *Juan J. Linz: el arte de preguntar.*  
ROBERTO GARVÍA: *Una semblanza de Juan Linz.*  
ELENA GARCÍA GUITIÁN: *El erizo con maneras de zorro.*  
MIGUEL JEREZ: *Un Guadiana en la obra de Juan Linz: el caso de las elites políticas españolas.*  
SANTOS JULIÁ: *El sabio que nunca dejó de preguntar.*  
EMILIO LAMO DE ESPINOSA: *Juan José Linz, un clásico de la sociología.*  
FRANCISCO J. LLERA RAMO: *Juan Linz, el maestro y el amigo: una Laudatio.*  
JOAN MARCET: *Un heterodoxo homenaje a Juan J. Linz.*  
RAFAEL MARTÍNEZ: *La ciencia no es lugar para venganzas: una impagable lección de rigor y generosidad de Juan Linz.*  
THOMAS JEFFREY MILEY: *Problemas insolubles.*  
IGNACIO MOLINA: *Impacto temprano de Linz y tardío de Juan sobre un no discípulo.*  
MANUEL MONTOBIBO: *La vida mexicana de Juan José Linz.*  
ÁLVARO MORCILLO: *Entre Weber y el conductismo: encuentros con Juan Linz.*  
JAVIER MORENO LUZÓN: *Homenaje de un historiador a Juan J. Linz.*  
FRANCISCO ANDRÉS ORIZO: *Juan J. Linz en España.*  
OCTAVIO RUIZ-MANJÓN: *Juan Linz, maestro también de historiadores.*  
JULIÁN SANTAMARÍA: *Sobre Juan Linz y la monumentalidad de su obra.*  
ÁLVARO SOTO CARMONA: *Linz y la Historia.*  
JOSÉ JUAN TOHARIA: *Los de Linz.*

### PRECIOS AÑO 2014 / SIN IVA

SUSCRIPCIONES		NÚMERO SUELTO	
EN PAPEL	ELECTRÓNICAS	EN PAPEL	ELECTRÓNICO
53,00 €	22,00 €	15,00 €	7,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)

Tel. (34) 91 422 89 72 y 91 422 89 73, Fax: (34) 91 422 89 70

E-mail: [suscripciones@cepc.es](mailto:suscripciones@cepc.es)

Contabilidad y Pagos: Tel. (34) 91 422 89 40 y 91 422 89 44. [www.cepc.es](http://www.cepc.es)







ISSN 1138-4026  
9 771138 402608 00049



18,00 €